

2022년 115호

# 민족사회를 위한 변론



MNBUN-Lawyers for a Democratic Society  
민주사회를 위한 변호사 모임

목차			
	존경하는 홍성우 변호사님을 추모하며	박용일	4
	고(故) 홍성우 변호사님을 추모하며	이찬진	7
추모의 글	존경하는 한승헌 변호사님의 영원한 안식을 기원합니다	함세웅 신부	11
	'하나의 진실' 향한 소명...달고 싶은 시대의 큰 어른, 한승헌	조영관	14
민변의창	공동체 삶의 회복과 사회정의 실현을 생각하며	김도형	19
시론	선거제도 개혁운동의 쟁점들	김준우	25
인물탐구	'열혈청년' 김남근, 그는 누구인가	이주한, 소현민	41
	1. '유엔사 재활성화'에 관한 법적 쟁점 검토	신의철	75
	2. 대한민국 교육개혁의 본질적 대안, 교육권 보장을 위한 '고교졸업자격시험'	박은선	109
집중분석	3. 타투시술에 관한 대법원의 판결 및 헌법재판소 결정의 문제점과 비의료인 타투시술 합법화의 필요성	곽예람	147
	변론기	법조기자단 소송 변론기	최용문

민주사회를 위한 변론 115호 2022년			
국제연대	미얀마 민주주의를 위한 시민저항	김기남	193
입법제안	플랫폼 노동자 보호 법제에 대한 검토	범유경	207
	1. 코로나19, 인권으로 말하다	랄라	235
활동기	2. 텔레그램 성착취 사건 피해자 지원 경과 및 대리인단의 활동	이근옥, 조은호	249
	1.故 변희수 하사 강제전역 취소 결정	이도경	269
판례평석	2. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 위헌 결정	정명화	285
	1. 팬데믹과 주거빈곤	안형진	301
특별기고	2. 감염병 위기 상황에서의 프라이버시권 보장에 관한 연구	이주희, 황호준	313
	3. 코로나19와 집회 및 시위에 관한 권리	김은진	333
	1. 기후위기와 기후소송	이근옥	347
함께 사는 지구	2. 동물권과 법 : 당사자적격과 이익대변으로서의 후견	김도희	359

## 존경하는 홍성우 선배님을 추모하며

박용일

지난 1970~80년대 군사독재와 권위주의 정권 아래 그 참담한 시절 인권변호사의 표상이던 선배님! 오랫동안 병환으로 고생하시면서도 귀하게 보관하던 변론자료들을 『인권변론의 한 시대』 1권과 『인권변론 자료집』 6권을 역사에 남기고 떠나신 선배님!

코로나 대유행 등으로 오랫동안 뵙지도 못하고 간간히 소식만 전해 듣다가 이렇게 세상을 떠나셨다니 너무나 슬픔니다.

돌이켜보면 1980년대 중반 민주화운동이 한창이던 시절 선배님을 모시고 정법회(정의실천법조인회)와 민변(민주사회를 위한 변호사 모임)을 어렵게 만들어 변호사들도 민주화 운동 전면에 나선 때가 엇그제 일 같고 그때가 그립습니다. 특히 정법회원들이 중심이 되어 많은 변호사들이 1987년 6월 민주항쟁에 가세하였고 그 결과 항쟁을 주도한 민주헌법쟁취국민운동본부에 참여, 당면한 대통령 직선제를 쟁취한 감격을 맞보았습니다. 그러나 이에 이은 대선 때 야권의 김영삼, 김대중의 분열로 민주항쟁의 성과는 반 토막 났고 단식농성까지 하신 단일화파인 선배님과 저에게 엄청난 실망을 안겨주었습니다.

선배님이 그렇게 아끼던 후배 조영래 변호사(1990년 사망)와 친구 황인철 변호사(1993년 사망)가 너무나 일찍 세상을 떠난 것도, 어쩌면 선배님의 병환도 야권분열로 인한 시대의 아픔 때문이 아닌가 생각됩니다.

선배님이 조추모(조영래변호사를추모하는모임)를 만들어 오랫동안 이끌어 온 것도 조추모회원 뿐만 아니라 민변 후배들을 아끼는 지극한 사랑의 마음에서 일 것입니다.

창립 당시 50여명이던 민변회원은 1200여명으로 늘었고 그 활동 영역도 넓어 우리 사회의 인권과 민주화 운동에 큰 역할을 하고 있는데 모두 선배님이 만들고 이끌어주신 덕택으로 생각합니다. 정법회나 민변 설립 당시는 회원 사이도 매우 친밀하여 선배님은 당시 저에게 ‘행동파’라며 때로 꾸짖기도 하고 ‘젊은 날의 나를 보는 것 같다’고 격려해 주기도 하였습니다.

선배님은 1971년 사법과동 때 변호사를 시작, 3년 후 민청학련 사건 때부터 황인철 변호사 등과 인권변론을 시작하여 우리나라 민주화운동 역사에 길이 남을 많은 사건을 변론 하여 민청학련 관련자 등 수많은 민주화운동가들과 평생 동안 동지로 지나 온 것은 보기만 해도 부럽고 존경스럽습니다.

그런 귀한 인연은 오로지 선배님의 민주화운동이란 대의와 양심범의 양심을 지켜내려는 강인하면서도 따뜻한 성품에서 비롯된 것이라 생각합니다.

저는 정법회 결성 무렵부터 뒤늦게 인권변론을 시작하였으니 선배님의 지사적인 삶에 기대어 저도 인권변호사라는 허명을 얻은 것 같습니다.

선배님은 그 엄혹한 시절 어렵게 살아오셨으나 소위 1세대 인권변호사로서 평생 큰 보람을 느끼고 후회 없이 살아오셨음을 선배님 말과 글을 통해 확인할 수 있었습니다. 덕분에 저희 후배들은 선배님을 따라 이제는

보통명사가 된 인권변호사의 길을 열심히 뒤따라 왔습니다. 선배님께 무한한 감사와 존경을 드립니다. 생전에 좀 더 가까이 모시지 못하였음이 몹시 후회스럽습니다.

그동안 민변 출신 대통령도 2명이나 키워냈고 또 한명이 등장할 것을 굳게 믿었으나 어처구니없게도 검찰공화국을 꿈꾸는 신출내기 당선자가 등장하였으니 1987년 대선 때만큼이나 난감하고 앞날이 너무나 걱정스럽습니다.

세계적인 코로나 대유행이나 기후 재앙 등은 고사하고 한반도의 통일과 평화, 심각한 불평등 등 당면 문제가 크게 걱정이나 남은 저희는 언제나 처럼 이 어려움을 이겨낼 것입니다.

존경하는 선배님! 한평생 대단히 수고하셨고 매우 감사합니다. 편히 쉬십시오.

2022년 3월 18일

민변후배 박용일 드림

## 【 추모의 글 】

### 고(故) 홍성우 변호사님을 추모하며

이찬진

- 군사독재정권에 저항해 정의와 사법권 독립을 외친 30대 소장 법관
- 사법 엘리트의 보장된 삶을 던지고 올곧게 정의를 실천한 1세대 대표적 인권변호사
- 기득권을 누릴 만한 50대에 ‘민변’ 설립에 이어 ‘참여연대’ 설립을 주도하여 조직법률가 운동과 진보적 시민사회운동의 뿌리를 내리게 하신 변호사님

변호사님 상가에 문상을 한 직후 참여연대 새로운 집행부로부터 추모사를 부탁받아 보니 단체에서 짧게나마 변호사님을 모시고 함께 하였던 사람이 저밖에 남아 있지 않을 정도로 많은 세월이 흘렀다는 것을 절감합니다. 수 년전 영등포 모 병원으로 찾아 뵈려 할 때만 하여도 의식이 또렷하시고, 비록 휠체어지만 최소한의 이동도 하셔서 꽤차하시리라 기대하였는데 이렇게 황망하게 떠나시니 평소 더 찾아 뵈지 못한 것에 대하여 죄스럽고 안타까울 뿐입니다.

제 법대 재학시절, 제 짧은 주관적 기억으로 홍성우 변호사님을 대표격으로 한 70년대부터 1세대 인권변호운동을 하여 오시던 대선배님들은 학생운동 언저리에서 법조인이 되기 위하여 사법시험 공부를 하는 학생들의 우상이셨습니다. 또 한편으로는 홍변호사님 등 인권변호사님들은 현장노동운동에 투신하던 또 다른 친구들과 다른 길을 걷는 것에 대한 부채의식을 극복하는 ‘알리바이’를 제공해 주시던 자랑스러운 어른들이셨습니다.

제가 사법연수원 시절 어깨 너머로 보아 왔던 정법회에서의 변호사님의 활동상과 민변 결성을 주도하시고 시국변론에 앞장 서시는 활약상을 보면서 92년 당시 민변 대표이신 홍변호사님을 먼 발치에서나마 모시고 저 자신도 민변 변호사로의 전망을 세울 수 있었습니다.

변호사님은 단지 법률가운동의 굴레에 머무르시지 않으셨습니다. 90년대 시민사회운동이 태동되던 시절, 학생운동 출신의 현장운동가들과 진보적인 학계와 법조운동을 주도하던 그룹, 인권운동을 주도하던 그룹의 지식인들이 ‘참여민주사회’와 ‘인권’, ‘시민연대’를 기치로 새로운 시민사회운동 조직인 ‘참여연대’를 결성하던 1994년 당시 홍성우 변호사님은 법률가 운동의 대표격으로 조직 결성을 주도하시면서, 자신의 사회적 신뢰자산을 오롯이 참여연대 공동대표로서 쏟아 붓고 걸음마 단계의 참여연대의 초석을 다져 주셨습니다.

시민들에게는 후배인 박원순 변호사님에 가려져서 잘 알려지지 않은 것이지만, 참여연대에 많은 원로, 소장 법률가님들이 결합하여 시민사회운동에 주도적으로 참여하는 흐름은 홍 변호사님이 1세대 인권변호사로서의 대표성과 신뢰자산을 아낌없이 참여연대에 투사해 주신 것에 큰 영향

을 받은 결과라고 감히 말씀드릴 수 있습니다. 그 결과 먼저 저희 곁을 떠나신 고 김창국 변호사님, 고 최영도 변호사님을 참여연대가 모실 수 있었던 것 역시도 홍성우 변호사님의 참여연대에서의 첫발자국이 인연이 되었다고 감히 말씀드릴 수 있습니다. 대표를 떠나신 후에도 홍 변호사님은 참여연대의 고문으로 든든한 버팀목이 되어 주셨습니다. 참여연대 회원님들을 대신하여 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

매우 조심스런 말씀이지만 한 말씀만 더 드리고자 합니다. 제가 기억하기에 홍 변호사님으로부터 70년대 ‘민청학련’ 사건 등에서 인권변호 도움을 받았던 일부 소장 정치인분들의 요청으로 짧게나마 정치개혁 운동에 뛰어 들었고, 그 결과 아주 짧은 기간 중 당직을 가지시기도 하였던 것으로 압니다. 이것 역시 당시 ‘레짐화 되었던 3김 정치’의 ‘청산’이라는 대의를 좇은 지식인의 현실참여로 저는 이해합니다. 정치활동의 결과 변호사님은 단 한시도 그 스스로 기득권을 탐하지 아니하셨고, 그 어떠한 공직도 취하지 않은 채 선비적 삶을 살아 오셨다는 것 역시 기억할 필요가 있다고 봅니다. 민변이나 참여연대에서 활동해 오는 지식인들, 특히 법률가들에게 이러한 홍 변호사님의 삶의 궤적은 ‘현실참여’와 관련한 각자의 생각과 자세를 되돌아보게 하는 중요한 이정표가 될 것이라고 생각합니다.

수년 전 변호사님을 문병차 뵈었을 때 사모님으로부터 소박하고도 씨니컬한 남편 자랑을 들었습니다. ‘이 양반이 평생 동안 도움 준 게 하나 있다.’시면서 ‘70년대 무슨 생각인지 강남구청 인근 단독주택을 마련해서는 그것 하나는 지키고 살게 해줘서 몇 해 전 집 팔아 이사한 후 경제적 어려움없이 투병생활을 할 수 있게 했다.’는 말씀이었습니다. 저는 변호사 생활을 하는 동안 우연치 않게 원로 변호사님을 모시고 지낼 수 있던 영광을

누리기도 했는데 1세대 선배 인권변호사님들의 떠나신 후의 자리를 보면, 꼭 조선시대의 '사림' 선비들의 깨끗한 삶과 닮으신 것을 느낍니다. 흥 변호사님도 예외가 아닐진데 하물며, 사모님의 지극한 간병과 사랑까지 받으시는 것을 보면서 언감생심 저 자신의 끝은 저러지 못할 것임을 잘 알게 됩니다. 저는 그 어려운 언행일치의 삶이 무엇인지 흥 변호사님이 떠나시는 이 자리에서 새삼 깨닫고 있습니다. 참여연대 활동가들과 실행위원들, 회원들은 참여연대를 세우신 그 초심과 변호사님의 삶의 궤적을 기억하면서 흐트러지는 마음가짐을 새롭게 다지고자 합니다.

우리들의 자랑스런 스승이자 선배이신 홍성우 변호사님!  
부디 고단한 삶을 뒤로 하시고 저 세상에서 평화로이 영면하시기를 기원합니다.  
아울러 유족분들께도 심심한 위로를 드립니다.

2022년 3월19일

참여연대를 대신하여,

(전)집행위원장 이찬진 드림.

【 추모의 글 】

## 존경하는 한승헌 변호사님의 영원한 안식을 기원합니다

함세웅 신부<sup>1</sup>

“사법권을 준 법관 또한 법률과 양심에 따라서만 심판하게 되어 있습니다. 그러니까 법률이 규범으로서 타당성을 잃지 않아야 하고 법관의 양심이 제대로의 바탕을 갖추고 있어야 함을 전제로 해서만 재판의 정당성이 인정되는 것입니다. 만일 두 가지 전제 중 한가지만이라도 고장이 생긴다면 범죄를 다루는 재판 그 자체가 또 하나의 범죄를 범할 우려가 있습니다. 이 세상에서 좌절된 당신의 소망이 명부의 하늘 밑에서나마 이루어지기를 빕니다.”

박정희 군사독재정권이 조작한 유럽간첩단 사건으로 1972년 7월 13일 사형집행을 당한 김규남의원을 위해 쓰셨던 조사의 일부분입니다.

평생을 인권과 억울한 이들의 대변자가 되기를 원하셨고 법과 정의가 바로 선 나라를 위해 헌신하신 변호사님의 소망이 하늘에서 이루어지기를

<sup>1</sup> 산민(山民) 한승헌 변호사 민주사회장 장례위원회 상임장례위원장

바라며 변호사님의 영원한 안식을 위해 기도드립니다.

변호사님은 검사로 법률가의 길을 시작하셨습니다. 그러나 검사로서 역할보다 변호사로서 활동이 사회공동체를 위해 더 많은 일을 하실 수 있다고 확신하시고 “법” 때문에 고통 받는 이들의 옆으로 오셨습니다.

법률가로서 삶을 시작하시면서 초심을 잃지 않으신 변호사님은 조사에 쓰신 것처럼 법과 양심에 따라 일생을 우리 사회공동체와 함께 하셨습니다.

변호사님은 ‘인권변호사’라는 말 자체가 적절하지 않다고 하셨습니다. ‘법률가의 삶’ 그 자체가 법과 양심에 따라 수사하고, 재판하고, 변호하는 것이 바로 인권수호이기 때문입니다.

군사독재정권에서 많은 수사와 재판이 법률가의 양심과 법률에 위반한 범죄였습니다.

판사, 검사가 저지르는 범죄행위에 변호사님은 양심에 따라 저항했고 그 불법성을 우리 사회공동체가 공유하고 기억하고 그래서 사회가 변혁되기를 염원하시며 한결 같은 모습으로 우리와 함께 사셨습니다.

변호사로서 평범하기를 바라신 그 꿈을 군사독재정권과 야합한 검사와 판사들은 반공법 위반으로 변호사님을 구속하여 292일간의 수감생활을 감내하셨습니다. 변호사님은 자신의 억울한 수감생활이 법률가들이 저지른 사회적 범죄행위에 대해 속죄하는 마음으로 임하셨습니다.

어려운 중에도 주변에 늘 웃음을 자아내게 하는 유쾌함을 지니신 변호사님은 사람들 개개인의 인간적 가치에 충실했던 올곧은 삶으로 우리 모두가 그리워하고 존경하고 본 받아야 할 시대의 사표였습니다.

김대중정부에서 감사원장으로 부임하셨을 때 변호사님의 요청으로 잠

시 감사원 자문위원으로 변호사님을 도와드릴 기회가 있었습니다. 감사원 장으로서 변호사님은 감사원 직원들이 직무 특성상 군인들보다 더 경직된 업무 환경이 개선되어 사람들 사이의 관계를 복원하고 국가기관이 사회공동체를 위해 헌신하는 기관으로 전환되어야 한다고 생각하셨습니다. 인간성이 상실되면 사람들의 삶, 인간적 가치를 부정하게 되고 결국은 공동체의 근본적 가치가 훼손될 우려가 있으니 직원들 스스로 자신을 존중하고 공동체의 소중함을 먼저 생각하는 근무환경을 만드는 일이었습니다. 공동체를 위해 모두가 인간의 선한 본성을 지키며 살기를 바라셨던 변호사님의 참 모습을 우리는 오래도록 기억하며 추모하게 될 것입니다.

검찰 제도 개혁에 대한 논쟁이 세상을 시끄럽게 하고 있습니다.

변호사님의 삶이 그 대안이라고 생각합니다.

상식을 잃어버린 시대, 변호사님의 빈 공간이 더욱 큰 아쉬움으로 다가옵니다.

변호사님이 그렇게 바라신 인권을 존중하는 아름다운 나라, 이제 이 자리에 모인 저희가 모든 힘과 정성을 모아 함께 실현할 것을 다짐합니다.

영원하신 하느님! 주님의 성실한 일꾼 한승헌 변호사에게 영원한 안식을 주소서!

영원한 빛을 그에게 비추어 주소서! 아멘.

변호사님,

이제 하늘나라에서 남북 8천만 겨레의 일치와 평화의 전달자가 되어주소서. 아멘

2022년 4월 24일

함세웅 신부

## ‘하나의 진실’ 향한 소명... 답고 싶은 시대의 큰 어른, 한승헌

- 한승헌 변호사를 기억하며<sup>1</sup>

### 조영관

말이 넘치는 세상이라지만, 한승헌 변호사님을 떠나보내는 슬픈 마음을 담아낼 문장을 쉽게 찾기 어렵습니다. 우리 시대의 큰 어른인 변호사님의 지난 삶을 감히 평가하는 것은 부족한 저의 껌냥을 벗어난 일이라, 짧은 시간이었지만 변호사님과 함께 보냈던 경험을 다른 분들과 나누는 것으로 추모의 글을 갈음하고자 합니다.

변호사가 되고, 신참내기로 민주사회를 위한 변호사모임(민변)에서 일을 시작한 지 얼마 지나지 않던 2016년 겨울 한승헌 변호사님과 처음으로 간단한 일을 같이 할 기회가 있었습니다. 사실 ‘일’이라고 이름 붙이기도 민망한 단순 사무였지요. 한승헌 변호사님의 모교인 전북대학교 중앙도서관에 민변에서 발간한 책 중에서 여분이 남아 있는 책이나, 소장하고 있는 책과 자료들 중에서 여분이 있어 함께 보낼 수 있는 책들을 선별한 뒤 포장해서 보내는 일이었습니다. 내용을 전달받아 준비하던 중 변호사님께

서 직접 연락을 주셨습니다. 늘 먼발치에서 뵈었던 대선배님과 갑작스러운 통화로 조금 긴장했는데, 변호사님께서는 언제나처럼 단번에 상대방을 무장해제 시키는 특유의 유머와 위트를 발휘하셨습니다. 변호사님께서 “이렇게 민변의 책이 대학 도서관에 비치되어서 민변의 간판이 빛난다면 그 공로는 전적으로 조 변호사가 아니라 나에게 있지요. 민변의 간판 글씨를 내가 썼으니깐요” 라고 하시며 저의 긴장(?)을 살포시 풀어주셨습니다.

사실 ‘잘 부탁한다’는 짧은 한마디로 충분할 수 있는 통화였는데, 변호사님께서서는 차분하게 왜 본인이 이런 부탁을 하게 되었는지를 설명해주시고, 수고에 감사한다는 말씀을 여러번 하셨습니다. 짧은 통화였지만, 마치 마주앉아 대화를 나누는 것과 같이 상대방의 진심이 느껴졌던 경험이라 그 뒤로 오래 기억에 남았습니다. 그리고 얼마 뒤 민변 사무처에서 고생하고 있는 ‘일꾼’들의 이름을 낚몰래 알려달라고 하시고선, 직접 한명 한명의 이름을 친필로 담은 시집 <하얀 목소리>를 선물로 보내주셨습니다. 그때 ‘내가 민변에서 책을 좀 빌려간 셈이니, 이자를 곱절로 보태 책으로 갚겠다’고 하시고, 결국 얼마 뒤 변호사님의 저서와 옥중에서 공부하셨던 저작권 분야의 귀한 전공서적들을 보내주시는 것으로 그 약속을 지키셨습니다. 게다가 몇년 전에는 건강이 좋지 않은 상황에서도 공익소송을 위한 변론기금을 모으는 후배들을 위해 ‘시민변론기금’이라는 글씨를 손수 써 보내주시기도 했습니다.

처음, 변호사님을 보면서 참 답고 싶은 어른이라는 생각을 했습니다. 사실 저희 또래는 변호사님께서 법정에서 활약하시던 과거 군사독재 시절의 삶을 잘 알지 못합니다. 변호사님께서 쓰셨던 자서전 <한 변호사의 고

<sup>1</sup> 2022. 4. 22.자 한겨레에 실린 글입니다.



백과 증인)을 비롯한 저작들과, 그리고 얼마 전 출간된 <한승헌 변호사의 삶—균형과 품격>을 통해 간접적으로 느껴볼 수 있을 뿐입니다.

책에서 만난 변호사님께서서는 암흑의 시절에 진실의 불꽃을 지켜오셨습니다. 아무도 진실을 묻지 않았던 유신시대 법정에서 변호사님은 모든 법률가의 귀감이 되는 성실하고 훌륭한 변론을 하셨습니다. ‘법대 위에서 진실에 침묵하는 판사들이 조금이라도 부끄러워하도록’ 법리에서도 한치의 부족함이 없으면서도, ‘법정에 선 피고인들이 조금이라도 위축되지 않도록’ 피고인의 투쟁의 정당성을 조금도 양보하지 않고 변론하는 용기 있는 변호인이셨습니다. ‘분지 필화사건’ ‘동백림 사건’ ‘오적 필화사건’ ‘민청학련 사건’ ‘김대중 내란음모 조작사건’ 등 시대의 진실이 담긴 사건들에서 변호사님은 온몸으로 ‘하나의 진실’을 지켜내는 외로운 소명을 언제나 마다하지 않으셨습니다. 하얀 수의를 입고 고개 숙이지 않고 당당히 법대를 노력보는 변호사님의 사진에는 진실을 지켜온 파수꾼의 당당함이 있었습니다.

유럽 간첩단 사건으로 사형된 김규남 의원을 애도하는 수필 ‘어떤 조사(弔辭)’를 썼다는 형식적인 이유로, 다른 한번은 ‘김대중 내란음모 조작사건’의 피고인으로 두차례 옥고를 치르고 8년 동안 변호사 자격이 박탈되는 상황에서도 변호사님은 삶에 대한 여유와 유머를 놓지 않으셨습니다. 두번째 수감을 ‘감옥 재수’라고 부르시며, 옥중에서 그때만 하더라도 국내에 낯설었던 새로운 학문인 저작권을 공부하셨습니다. 민주화 이후 감사원장과 사법제도개혁추진위원회 위원장으로 권력으로부터 독립된 올바른 감사제도와 사법개혁에 헌신하셨던 변호사님은 말 그대로 우리 시대의 큰 어른이었습니다.

변호사는 법정에서의 변론을 잘 수행해야 하지만 재판에 정의가 제대로 반영되지 못할 때, 그 실상을 기록해서 동시대인들에게 널리 알리고 또 다음 세대에 이를 전해줄 의무가 있다고 강조하셨습니다. 변호사로서 변론의 기록을 성실히 남기셨을 뿐만 아니라, 감옥에 수감되고 변호사 자격이 박탈된 상황에서도 ‘산민사’라는 출판사를 설립하여 시집, 산문집, 논문, 법학전문서적까지 폭넓은 분야에서 40권이 넘는 성실하고 방대한 시대의 기록을 남기셨습니다. 출판사 경영이 법조인으로서의 예상치 못한 ‘외도’라고 하시면서도, ‘그 외도는 탈선이 아니’라 세상을 보는 시야를 넓히고 인심의 따스함과 차가움을 아울러 체험하여 삶을 성숙하게 해준 수확이라 하셨습니다.

변호사님께서서는 늘 스스로 인권변호사라고 소개하지 말라고 하셨습니다. 변호사라면 모름지기 인권 변호가 본연의 업무인데, 본업을 하는 사람을 그렇게 불러서는 안 된다는 말씀이었습니다. 마치 ‘공 차는 축구선수’ ‘헤엄치는 수영선수’와 같은 동어반복이라고 하셨습니다. 인권변호사라고 부르는 세상 사람들보다, 변호사 스스로 자신이 ‘인권변호사’라고 불리는 것에 경계하고 겸손해야 한다는 가르침으로 배웠습니다.

또한, 변호사님께서서는 ‘나를 의롭다 믿고서 남을 하대하지 말자’고 하셨습니다. 여야로 나뉘어 사회적 갈등과 대립이 격해지고 있는 요즘, 변호사님께서 세상 끝까지 가서 마주하신 지혜와 균형의 품격이 더욱 그리워집니다. 제가 좋아하는 한승헌 변호사님의 시 ‘노숙’의 한 문장을 소개하는 것으로 부족한 추모의 글을 맺습니다.

변호사님, 보고 싶습니다.

“산다는 것은 하나의 진실을 마련하는 일  
그것은 외로운 작업  
벽차고 눈물겨운 일이다.”

2022년 4월 22일

민주사회를 위한 변호사모임  
조영관 변호사

## 공동체 삶의 회복과 사회정의 실현을 생각하며

김도형

제가 민변 회장으로 취임하기 직전에 치른 21대 총선에서 민주·개혁·진보세력이 과반수를 훨씬 넘는 의석 수를 확보함으로써 국민들은 촛불혁명의 완성에 대한 큰 기대를 품게 되었습니다. 다른 한편으로 이제껏 경험하지 못한 코로나19 팬데믹의 위기는 우리 사회에 서서히 그림자를 질게 드리워 가고 있었습니다.

그로부터 2년, 정부와 여당은 국민의 기대를 외면하고 보수 세력의 눈치만 보면서 하릴없이 시간만 보내다가 국민들이 촛불로 쫓아낸 박근혜 전 대통령에게 면죄부를 내주고 보수 세력에게 정권을 넘기며 허무하게 막을 내리고 있습니다. 인권 유린의 상징이었던 국가보안법은 여전히 살아 있고, 불평등 사회에서 사회공존의 버팀목이 될 수 있는 평등법/차별금지법 제정은 여전히 요원합니다. 전태일 열사 50주기가 되었으나 수많은 노동자들은 여전히 위험한 일터에서 생명과 건강을 담보로 일하면서 살아가고 있습니다. 그나마 어렵게 제정된 중대재해처벌법은 아직 걸음마도 제대로 하기 전에 난도질을 당할 처지에 봉착해 있습니다. 한반도의

평화와 공존은 점점 멀어져 가고 있습니다.

2년이 넘도록 코로나를 극복하지 못하면서 우리 공동체의 삶은 무너지고 차별과 혐오의 갈라치기가 판을 치면서 갈등과 분열만 난무하고 배려와 공존은 사라지고 있습니다. 그동안 우리 사회가 힘겹게 쌓아올린 여러 인권의 원칙들은 K-방역의 상찬 앞에 무릎을 꿇었고, 공동체를 지탱하는 사회정의는 실현할 길을 찾지 못하는 혼돈 속으로 빠져들었습니다. 가진 것 없고 힘없는 약자들은 여전히 추운 겨울의 고통에서 벗어나지 못하고 있습니다.

대통령 당선자는 무슨 영문인지 국민의 혈세를 낭비하면서 집무실과 거처를 옮기는 데에만 몰두하고 사회적 약자에게는 일말의 관심도 두고 있지 않으며, 정권을 내준 현 집권 세력은 국민들의 준엄한 심판은 외면하고 ‘젓갈싸’를 외치는 후안무치한 행태를 보이면서 다음 선거에만 눈이 멀어 있습니다. 그야말로 가관입니다.

그러나 희망을 담아봅니다. 촛불 광장에서 타올랐던 우리 국민들의 소중한 열망은 결코 꺼짐이 없이 문재인 정부의 실패를 딛고 더욱 힘차게 개혁의 길을 헤쳐 나아갈 것입니다. 우리 민변이 그 길에 앞장서야 합니다. 무엇보다 지난 2년 코로나로 잃어버린 공동체의 삶을 회복하는 것이 급선무라고 생각합니다. 코로나 위기 해결을 위한 ‘사회적 거리두기’는 역설적으로 사람을 고립되어서는 결코 자유로울 수 없고 서로서로 관계를 맺지 않고서는 살아갈 수 없다는 진실을 드러냈고, 사회적 연대를 구축하는 공공선이야말로 공동체가 추구해야 할 사회정의임을 알려주었습니다. 우리는 함께 살아간다는 진실이 명확하게 드러난 지금 차별과 배제, 혐오와 분열

을 극복하고 연대를 위한 공공선의 담론을 다시금 만들어 나가야 합니다.

저보다 조금 어린 후배이지만 제가 존경하는 분이 어느 책에 적은 글을 전하면서 제 단상을 마무리하려 합니다.

“산업재해로 인해 사망하는 근로자의 숫자는 코로나바이러스로 인해 사망하는 사람의 숫자보다 많다. 그런데 코로나바이러스의 경우 한 명의 사망자만 나와도 강화된 방역 조치가 취해지고 사업장 폐쇄 조치가 따르기도 한다. 하지만 산재 사망의 경우에는 그렇지 않다. 왜냐하면 산재로 인한 사망은 다른 사람을 감염시키지 않는다고 생각하기 때문이다. 자본주의적 이해타산 또는 비용편익분석은 이처럼 근로자를 고립된 개인의 이미지 속에 가둔다. 그러나 그것은 진실이 아니다. 죽음은 전염된다. 인간의 면역력은 신체적 조건뿐만 아니라 정신적 요소에 의해서도 강하게 영향을 받는다. 그런데 신자유주의는 무한경쟁으로 사람들을 내몰고, 그에 따라 정신적 긴장과 불안을 초래한다. 그러한 조건에서 어떻게 사람들이 건강한 면역 체계를 유지할 수 있을까?우리를 구하는 것은 의료공학적 기술이 아니다. 신체적, 정신적 건강의 첫 번째 조건은 다른 사람들과 함께 평화롭게 공생하는 삶에 있다. 여기에는 자연과 동물도 포함된다. 바이러스가 인간을 괴롭히기 이전에 이미 인간이 자연에 가한 폭력이 있었다는 사실을 명심해야 한다. 그리고 이 폭력 뒤에는 자본주의적 탐욕이 도사리고 있다는 사실도. 자연은 정복 대상이 아니다. 경제 성장을 위한 에너지의 원천도 아니다. 인간의 삶을 지탱해 주는 품이다. 우리는 그 품에서만 삶을 유지할 수 있다.”<sup>1</sup>

1 박제성, 「노동과 민주주의 - 문집 2020 -」, 무빈다방(2021), 6~7면.

우리 민변도 인간의 삶을 지탱해 주는 품을 지켜나가면서 거짓된 공정을 정의로 위장한 시장자유주의의 환상을 깨뜨리고 인간의 존엄과 평등으로 공동체의 연대를 쌓아올리는 사회정의를 회복하고 그 실현을 위해 더욱 힘차게 나아갈 수 있기를 바랍니다.

## 시론

선거제도 개혁운동의 쟁점들 | 김준우

시론
선거제도 개혁운동의 쟁점들
김준우

I. 2022년 현재 사회운동의 주요 정치개혁 의제

2022년 제8회 전국동시지방선거를 앞두고, 국회에서는 지방의회 선거 제도에 관한 다소 낮은 수준의 개혁입법이 이뤄졌다. 주요 내용은 기초의회에서 3~5인 선거구 도입 요구는 11개 지역 시범실시로 절충되었으며, 4인 선거구 분할이 가능했던 공직선거법 제26조 제4항 개정, 청년 및 장애인 후보에 대한 기탁금 하향, 기초 및 광역의회 의원 소폭 증원 등의 개혁이 이루어졌다.

아쉬운 수준의 개혁입법이지만 국회에서 선거제도 개혁에 관한 논의가 여야 합의하에 이뤄졌다는 것과 2020년 총선 전후 위성정당 사태 등으로 침잠했던 정치개혁운동이 다소간의 성과를 남길 수 있었다는 측면에서 작지만 소중한 결과라고도 볼 수 있다.

현재 한국의 사회운동에서 정치개혁 운동은 2017년부터는 전국 570여 개 단체가 결합하여 결성한 '정치개혁공동행동'이라는 사회운동네트워크

를 중심으로 활동을 이어가고 있고, 민변에서도 정치개혁공동행동에 공동 대표 및 사무국 결합<sup>1</sup> 등을 통해서 적극적인 연대 활동을 펼치고 있다. 정치개혁공동행동은 이번 대선에서 각 후보들에게 <정치개혁 10대 과제>를 발표한 바가 있는데, 주요한 내용은 다음과 같다.<sup>2</sup>

- ▲ 국회 선거제도의 비례성 확보 ▲ 지방의회 선거제도의 비례성 확보
- ▲ 대통령 및 지자체 단체장 결선투표제 도입 ▲ 정당설립요건 완화 및 지역정당 인정 ▲ 선거공영제 확대와 정치장벽 해소 ▲ 성평등 공천 확대 ▲ 청소년 정치활동 자유 확대 ▲ 교사 및 공무원의 정치적 기본권 보장 ▲ 유권자 표현의 자유 보장 ▲ 투표권의 실질적 보장

대부분의 내용은 민변에서도 오랫동안 추진하거나 천명해왔던 정책이며, 개별 위원회 차원에서도 적극적으로 대응하고 있는 의제도 다수 포함되어 있다. 그런데 일부 개혁의제의 경우에는 사회운동과 진보적 학계 내부에서도 여전히 논쟁과 토론이 필요한 사안들이 있고, 이는 대부분 ‘선거제도’ 개혁에 관한 부분이다.

2024년 총선을 앞두고 정치개혁의제가 국회에서 다뤄질 수밖에 없는 시점에서, 기존의 개혁과제들을 재점검하고 구체적인 대안과 활동계획을 제출해야 할 때다. 이 글에서는 사회운동 내에서도 충분히 합의가 형성되지 못한 선거제도 개혁의제와 관련한 쟁점들을 밝히면서, 사회운동 내에서의 논쟁을 점검하는 것을 목적으로 한다.

<sup>1</sup> 민변은 정치관계법 개혁TF를 2015년에 구성하여 2018년 5월 총회까지 활동했다가 해산했고, 현재는 언론연대팀 및 개혁입법특별위원회 차원에서 정치개혁 의제를 다루고 있다. 민변에서 정치개혁공동행동 사무국 결합은 2017년부터 필자가 담당해오고 있다.  
<sup>2</sup> 구체적인 개별 정책의 취지와 내용은 민변 홈페이지에도 게재되어있다. (<http://minbyun.or.kr/?p=51233>). 한편 민변 차원에서 발표한 가장 최근에 발표한 관련 정책은 「민변이 바라본 차기정부 5년 개혁과제」 (<http://minbyun.or.kr/?p=51760>)에서 확인할 수 있다.

## II. 국회의원 선거제도개혁의 대안에 관한 문제

국회의원 선거에서 사회운동의 주요한 목표는 ‘비례성이 구현되는 의회’ 구성이다. 최근에는 ‘다당제’라는 표현이 즐겨 사용되고 있으나, 이는 정확한 표현도 아니고, 정치적 목표라고 하기도 어렵다. 현재 시점에서는 시민들의 정치의식과 지형이 양당제가 아닌데, 선거제도가 양당제로 의회 구성을 수렴시키고 있다는 측면에서 ‘다당제’라는 표현을 사용하는 것뿐이다. 만약 비례성이 높은 선거제도를 채택했는데도, 시민들의 정치의식이 양당제를 선호한다면 그 선택과 결과를 놓고 반대하거나 비판할 이유가 없다.

2020년 총선을 앞두고 극적으로 도입된 ‘준연동형 비례대표제’가 위성 정당 사태를 통해서 사실상 형해화된 이후, 사회운동은 어떠한 제도대안을 내놓을 것인지에 관해서 명징하게 단일한 입장을 내지 못하고 있다. 1표의 가치가 온전히 반영되고 사표를 감소시켜서, 비례성을 구현하는 제도적 방안은 결코 단일하지 않으며, 복수의 다양한 대안들이 선택가능하며 항상/아직 토론중이다. 최근 몇 년간 독일식 연동형 비례대표제가 사회운동의 대안으로 수렴된 것은 2015년 중앙선거관리위원회가 연동형 비례대표제를 도입하자는 의견을 내놓았던 점과 현실적(?)으로 지역구를 바로 없애는 전면적 비례대표제로의 제도개혁은 현역 국회의원들의 반발이 크다는 조건이 작동한 결과라고 할 수 있다. 다만 사회운동과 진보적 한계에서는 연동형 비례대표제와 정당명부제를 선호하는 경향이 대다수를 차지하고 있는 것은 사실이다.

아직까지 가장 다수를 이루고 있는 것으로 보이는 견해는 ‘준연동형 비

례대표제'를 활용하며 장기적으로 '연동형 비례대표제'로 나아가되, '위성 정당방지법'을 만들어서 2020년 총선의 문제를 해결하자는 입장이다. 그런데 위성정당방지법이 실효적으로 작동할 수 있을지에 대해서는 반론이 있다. 현재 민주당이 발의한 공직선거법 개정안(민형배 의원 대표발의, 의안번호 2114624) 기준으로는 "정당이 후보자를 추천할 시, 지역구 의석수 50% 이상 추천정당은 비례대표 의석수 50% 의무추천을 해야 한다"라는 것이 위성정당방지법의 핵심적 내용인데, 만약 거대정당이 수도권과 비수도권을 나눠서 두 개의 정당으로 선거를 대응하는 것처럼 편법적으로 대응할 경우 역시 위성정당을 방지하기 어렵다는 것이다. 또 위성정당방지법의 내용대로라면 정당의 후보로 출마하기 위해서는 다른 후보의 출마를 강제하도록 해야 하는 셈인데, 위헌성 논란이 있을 여지도 있다.

아울러 거대정당들에서는 직능대표나 소수자대표를 비례대표를 통해서 공천하는데, 연동형 비례대표제를 도입할 경우 이러한 목적을 달성하기 어렵다는 반론도 있다. 그러나 이러한 계산은 현재와 같이 국회의원 비례대표 비율이 17%에 불과한 경우에 생기는 문제로, 비례대표 비율 자체가 높아질 경우에는 문제를 해결할 수 있다는 점을 간과한 의견이라고 볼 수 있다.

두 번째 의견은 차제에 북유럽식의 정당명부제(PR, Proportional representation)를 사회운동의 대안으로 제기하자는 주장이다.<sup>3</sup> 사실 정당명부제는 OECD 국가에서는 가장 다수가 채택하고 있는 제도이며, 독일과 뉴질랜드에서 채택하고 있는 연동형 비례대표제(MMP, Mixed member proportional representation system)가 예외적인 유형이라는 점은 사실이

3 同志, 하승수, 「개방명부 비례대표제를 제안한다」, 한티재, 2020.

다. 다만 현실적으로 지역구 개념이 전혀 없는 전국을 단일한 선거구로 두는 네덜란드와 같은 형태가 아니라 전국을 일정한 권역으로 나누어서 진행되는 권역별 정당명부제(덴마크, 스웨덴, 노르웨이 등) 형태가 선호된다. 이들 국가들은 대부분 일부 의석을 따로 떼어서, 지지율에 따른 의석을 보정하도록 하고 있기도 하다. 예를 들어 강원도 국회의원 의석이 현재 8석인데, 권역별 정당명부제를 실시할 경우 각 정당별로 8명의 명부를 제안하는 방식이다. 그리고 각 정당들이 권역별로 투표율에 따른 의석을 배분하게 되면, 현재 전국구 비례대표 의석(47석)은 각 정당의 지지율에 따른 전체의석을 맞추기 위한 조정의석으로 활용하는 것이다. 이러한 정당명부제에서 권역별 명부는 대선거구제라고 이해하거나 지칭하는 경우도 있다. 이와 같은 선거제도를 채택할 경우에 비례성 증진은 확실히 보증되는 반면에, 한국 정당문화에서 밀실공천의 가능성 때문에 국민적 지지를 받을 수 있을지에 대한 의구심이 존재한다. 공천의 투명성 확보를 위한 방안으로는 각 정당의 자율성에 맡겨야 한다는 입장과 스웨덴, 핀란드와 같이 개방형(비구속식) 정당명부제를 채택해야 한다는 입장으로 나뉘고 있다. 기존에 정당정치 강화를 외치는 학계 등의 입장은 개방형 정당명부제에 대한 비토 정서도 적지 않았지만, 최근에는 여러 한국적 현실(?)에서 개방형 정당명부제가 불가피하다는 입장도 만만치 않게 설득력을 갖고 있다.

물론 이러한 논의가 진보진영이나 사회운동에서 무조건 환영받는 것은 아니다. 예컨대 실질적인 광역단위 수준의 대선거구제를 채택한다는 것이 국회의원이 가지는 지역대표성을 실질적으로 무력화시키고, 국회의원이 가지는 대표-책임성을 약화시킬 수 있다는 지적도 경청할 필요가 있다.

사실 사회운동 및 진보진영에서는 위 두 개의 선거유형 중 무엇이라도,

현재의 제도에 비해 획기적인 비례성 개선을 가져올 수 있기 때문에 크게 반대할 이유가 없다. 필자의 경우에는 연동형 비례대표제를 채택할 경우 위성정당을 제도적으로 막을 수 있는 장치가 보장되지 않기 때문에 다른 형태의 선거제도 개혁방안을 구상할 수밖에 없다는 입장에 가깝다. 다만 현재 사회운동 및 정치개혁의 주·객관적인 조건에서 전혀 새로운 선거제도를 제안하고 그 내용에 기반하여 국민적 합의를 만들어가는 길이 결코 녹록치는 않아 보인다.

아울러 보수 계열 정당 등에서는 20대 국회까지 실시했던 ‘소선거구제-병립형 비례대표’로의 복귀나, 도시지역은 한 지역구에서 2명 이상을 선출하는 중대선거구제로 운영하고 농촌지역은 현행대로 1명을 뽑는 소선거구를 실시하는 ‘도농복합형 중대선거구제’를 선호하는 입장이 주류를 이룬다는 것도 고려할 필요가 있다.

### Ⅲ. 지방의회 선거제도개혁의 방향

지방의회 선거제도 개혁은 더욱 어려운 의제다. 이번 국회에서 약간의 선거제도 개혁이 이뤄졌다고 보지만, 근본적인 쟁점과 문제는 전혀 해결되지 않았기 때문이다.

#### 1. 현재 제도의 문제점

우선 광역의회의 경우 잘게 쪼개진 소선거구제를 기반으로 운영하고 있는 탓에, 양당제가 아니라 일당 독재까지 가능한 극단적인 불비례성을 내

재하고 있다는 점에서 가장 우선적인 선거제도 개혁 대상이다. 2018년 지방선거는 현재 소선거구제의 극단적인 폐해를 보여준 경우였다. 당시 더불어민주당은 서울에서는 50%의 지지율로 110석 중 102석을, 대전에서는 55%의 지지율로 22석 중 21석을 차지하는 등 전국적으로 광역의회에서 79%의 의석을 차지했었는데, 이는 당시 민주당의 평균적인 지지율을 훨씬 상회하는 의석점유율이었다. 이번 공직선거법 개정에서도 광역의회는 거의 변화가 없었는데, 광역의회의 극단적인 불비례성을 생각한다면 오히려 기초의회 보다 더 큰 개혁의 필요성이 제기되어야 한다.

기초의회의 경우도 광역의회보다는 사정이 좀 나올 뿐 문제가 많은 것은 마찬가지다. 기초의회 선거에서 2인 선거구가 중심이 된 탓에 2018년 지방선거 기준으로 더불어민주당이 56%, 자유한국당이 34.5%의 의석을 차지해 90%가 넘는 기초의회 의석을 양당이 독식했기 때문이다. 당시 정의당이 8.97%, 바른미래당이 7.81%의 득표율(광역의회 비례대표 기준)을 기록한 것을 감안하면 제3당 이하 정당이 엄청난 손해를 본 것이다. 기초의회의 경우 이번 지방선거를 앞두고 3~5인 선거구 확대를 시범적으로 실시하기로 하였지만, 이러한 방향이 올바른 것인지에 대해서도 의문이 제기된다. 4~5인 선거구가 늘어날 경우, 이론적으로는 10% 내외의 지지율로 당선되는 경우도 발생할 수 있어서 선출직 기초의원의 대표성-비례성 문제가 제기될 수 있기 때문이다.

한편 지방의회 선거제도 개혁에서 가장 큰 관건은 현역 국회의원들이라는 점도 지적할 필요가 있다. 현재 광역의원은 기본적으로 국회의원 선거구를 둘로 쪼개서 배분하는 형태를 채택하고 있고, 기초의원은 광역의원 선거구에서 다시 둘 이상으로 쪼개는 형태를 기본적 모형으로 하고 있다.



결국 국회의원-광역의원-기초의원으로 구성된 3층 피라미드 구조가 세워지고, 지역위원장을 맡은 국회의원이 공천권 등을 무기로 광역의원, 기초의원을 자신의 기층 선거조직으로 활용하는 풍토가 만연해 있다. 물론 선거제도 개혁을 통해 국회의원-광역의원-기초의원의 위계적 구조를 깨뜨리는 시도는 지방의원들이 선호할 수 있다는 의미기도 하다.

이러한 여러 어려움에도 불구하고, 현존하는 지방의회 선거제도가 광역의회는 일당 독재를, 기초의회는 기계적인 양당제로의 표심 왜곡을 가져온다는 측면에서 사회운동 전반의 개혁에 관한 공감대는 충분하다. 다만 지방의회 선거에 대한 유권자들의 상대적 무관심도 적지 않은 상황에서, 지방의회 선거제도 개혁의 필요성에 관한 광범위한 공감대를 형성하는 것도 사회운동의 과제라고 할 수 있다.

## 2. 대안

종전에 사회운동은 광역의회 선거에 대해서는 연동형 비례대표제를, 기초의회 선거에서는 3~5인 선거구 도입을 주되게 주장해왔다. 그런데 앞서 밝힌 점과 같이, 연동형 비례대표제에 대해서는 위성정당 문제가, 3~5인 선거구의 경우 대표성 문제가 제기된다는 점에서 취약점이 존재한다.

기초의회의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 정당명부제(대선거구)를 실시하는 것을 우선적으로 고려해볼직하다. 기초의회의 경우 최소 7인에서 최대 23석으로 구성되어있는데, 이 규모로는 연동형 비례대표제를 일률적으로 실시하는 것이 불가능에 가깝기 때문이다.

만약 2~5인 수준의 중선거구제를 유지한다면 아일랜드, 호주 상원 등

에서 이용하는 단기이양식 제도(STV, single transferable vote)를 도입하는 방안이 효과적일 수 있다는 견해도 있다. 단기이양식은 투표자들이 투표용지에 각 후보들의 선호순위를 표시하고, 당선자를 결정할 때 필요한 최소한의 득표수(쿼터)를 정하여, 유권자들의 1순위 선호를 집계하여 일정한 득표를 넘은 당선자가 발생할 경우에는 잉여표를 2순위 후보들에게 이양하는 방식으로 당선자를 차례로 확정하는 방식이다. 이러한 방식은 선거구의석수가 비교적 적은 중대선거구제에서 비례성을 증진하는데 도움이 된다는 측면에서 장점이 존재한다. 물론 제도의 복잡성 등으로 선거결과에 우연성이 개입될 여지가 있긴 하다.

광역의회의 경우 연동형 비례대표제와 권역별 정당명부제가 모두 대안으로 검토될 수 있다. 연동형 비례대표제를 실시할 경우 지역구를 축소하고, 비례대표 의석을 확대하여 실시하는 방안이 추진되어야 하는데 역시 위성정당 문제를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다. 반면에 정당명부제를 실시할 경우 한국의 광역의회는 단위가 넓기 때문에 광역단위를 모두 1개의 선거구로 한정하기 보다는 10~20개 의석 기준으로 선거구를 분할하여 시행하는 방안이 검토되어야 할 것이다. 광주나 대전 같은 곳은 단일한 선거구로 재편될 수 있겠지만, 서울시의 경우 110석이나 되므로 4개 정도 권역으로 나누어서 시행하는 방안이 합리적이다.

기초의회나 광역의회에서 권역별 정당명부제가 도입되지 않는다면, 적어도 현재보다 비례대표 비율이 높아져야 한다. 현재 공직선거법은 지방의회의 비례대표 비율을 10%로 하고 있는데, 기초의회는 최소 1인으로, 광역의회는 최소 3인으로 규정하고 있어서 실제로는 11~13%정도의 비율이 배정된다. 지방의회의 비례대표 비율이 국회와 비교해도 낮은 점을 감

안한다면, 개혁의 필요성은 충분하다고 여겨진다.

#### IV. 지역정당과 결선투표제라는 쟁점

##### 1. 지역정당의 문제

시민사회 일각에서는 여전히 기초단위에서의 정당공천 자체를 폐지하는 문제의식을 가지고 있는 경우가 적지 않다. 1991년 지방자치제도가 부활하면서, 기초의회 단위에서는 한동안 정당공천이 이뤄지지 않았던 시절로 복귀하자는 것이다. 정당공천제도가 도입됨으로써, 지역주민에 착근한 활동보다는 공천권을 쥐 지역위원장이나 현역 국회의원에 대한 출서기가 만연하므로 정당 무공천이 옳다는 것이다. 국회에서도 기초의회 및 기초단체장선거에 대해서는 정당공천을 폐지하자는 입장이 국회에서 꾸준히 발의되기도 한다(20대 국회; 김성원 의원 대표발의, 의안번호 2023549, 21대 국회; 정찬민 의원 대표발의, 의안번호 2106867).

그러나 헌법 제8조 등을 통해서 정당 민주주의의 중요성을 인정하는 헌정체제에서 무공천 방식보다는 지역정당 설립을 통한 해결을 선호하는 입장도 적지 않다. 지역정당(Local Party)은 지방선거에만 출마할 수 있는 정당으로서, 지역과 주민생활에 착근하여 활동하면서 주민들의 참여와 숙의를 활성화시킬 수 있다는 점에서 주목받고 있는 개념이다. 19대 국회에서 원혜영 의원이 자치정당이라는 이름으로 지역정당을 허용하는 법안을 발의한 바가 있었고(정당법 일부개정안, 의안번호 194390), 20대 국회에서는 천정배 의원이 유사한 내용의 법안을 제출한 바가 있었다(정당법 일부개정안, 의안번호 2010467). 이 안들은 대개 30명의 당원으로도 작은 지역

정당을 창당할 수 있게끔 했다.

일본의 경우 ‘도민퍼스트회’, ‘오사카유신회’ ‘감세일본’(나고야)등이 잘 알려진 지역정당이며, 독일의 경우는 연방헌법재판소가 “정당만이 유일한 정치집단은 아니며 정당과 경쟁관계에 있는 유권자공동체도 ‘기회균등의 원칙’에 따라 정당과 동등하게 취급해야 한다”라고 판시하여 지역정당과 유사한 유권자공동체 개념을 인정하고 있다.

정치개혁공동행동은 기초단위 무공천보다는 지역정당 허용에 방점을 두는 입장을 채택하고 있지만, 사회운동 내부에서는 여전히 기초단위 무공천론과의 긴장관계가 감지되는 것은 사실이다. 지역정당이 허용되고, 설립요건의 장벽이 낮아진다면 기초단위 무공천보다는 정당 민주주의 원칙에 훨씬 부합한다는 판단이다. 다만 이 경우 전국정당과의 이중당적은 허용되어야 할 것이다.

##### 2. 결선투표제

1987년 대통령 직선제가 재도입된 이후 8명의 대통령을 선출했는데, 50%를 넘는 득표율로 당선된 대통령은 1명에 불과했다. 또 대통령 후보 간의 단일화 논쟁이 과열되었던 대선이 대부분이기도 했다. 이 때문에 사표방지와 민주적 대표성 제고를 위하여 결선투표제를 도입하자는 의견은 오랫동안 시민사회에서 제기되어 왔다. 문재인 정부에서는 2018년 당시 개헌안을 발표하면서 결선투표제를 포함시키기도 하였다.

결선투표제는 이론적으로는 대표성 확보 및 사표 발생률 억제 등에서 강점을 갖고 있지만, 결선투표제의 이론적·실증적 단점들을 논증한 정치학자들의 연구논문도 다수 존재한다. 특히 다수 후보가 난립할 경우에

는 결선투표제가 있다고 하더라도 대표성이 왜곡되거나 후보단일화 필요성이 제기되는 경우도 존재하며, 결선투표제 도입의 결과가 반드시 좋은(?) 결과로 이어지는 것도 아니라는 것이다. 헌법적으로는 대선 결선투표제가 헌법개정사항인지 법률개정사항인지 여부에 대해서도 의견이 나뉘고 있다.

한국사회는 1987년 이후 지속적으로 대선 때마다 결선투표제의 필요성을 제기해 왔지만, 실제로 이 제도가 진보적이며 민주적인 제도인지에 대해서는 충분한 숙의가 부족했다는 지적은 경청해야 할 것으로 보인다. 그러나 현재의 단순다수제 하에서는 정치적 다원주의가 허용되지 않으며, 오히려 대립지향적인 양당체제로 수렴되어왔다는 점을 감안한다면 결선투표제가 정치적 극단주의를 완화하는데도 더 효과적일 것으로 본다는 견해도 상당하다. 또 결선투표제는 다수의 표를 사표로 만드는 현재의 단순다수제의 흠결을 치유할 수 있으며, 양당체제로 수렴되지 않은 민의를 반영하는데 있어서도 유효할 것으로 생각된다. 따라서 대통령제 및 단체장 선거에서 결선투표제 도입은 현 시점에서는 적극적으로 추진해야 할 사항으로 보인다.<sup>4</sup> 다만 대선의 경우 헌법개정사항인지 여부가 논쟁적이라는 점에서, 단체장 결선투표제부터 공직선거법 개정을 통해서 먼저 도입하는 것이 순리라고 여겨진다. 물론 결선투표제를 도입하더라도 선후투표제를 통해서 1번의 투표로 해결할 것인지, 아니면 2번에 걸쳐서 투표할 것인지는 숙의가 필요할 것이다.

## V. 맺으며

본 글에서는 거칠게나마 정치개혁 운동에서 채택된 개혁과제들의 쟁점들을 조망해보았다. 개별 쟁점에서 필자의 개인적 견해가 피력된 점은 있지만, 해당 의제들의 쟁점들은 최대한 넓게 담아보려고 하였다. 2024년 총선을 앞두고 국회에서 정치개혁특별위원회가 늦어도 2023년에는 다시 설치될 것을 예상한다면, 지금 이 시점이 우리의 구호와 선언들을 다시금 돌아볼 때라고 생각해서다. 우리의 대안은 늘 복수로 상정가능하며, 다만 선거제도와 민주주의를 민주화할 수 있다는 관점을 견지한다면 토론은 늘 우리를 풍성하게 한다는 점을 믿는다. 늘 그렇지만 우리는 다시 시작해야 하며, 그 출발점에서 길을 다시 찾는 작업을 게을리 할 수 없기도 하다. 지금 우리의 토론은 더욱 격렬해져야 하며, 이를 통해서 뜨거운 대안을 다시 마련하면서 정치개혁에 관한 사회운동의 흐름도 더욱 풍요로워지길 바랄 뿐이다.

<sup>4</sup> 한편 의회 선거에서 소선거구제 중심성이 지속될 경우 프랑스처럼 각종 의회 선거에서도 결선투표제를 도입해야 하는지에 대해서는 찬/반을 떠나서 적극적인 입장개진이나 국내연구가 적은 편이다.

인물탐구

**‘열혈청년’ 김남근, 그는 누구인가** | 이주한, 소현민

인물탐구

## ‘열혈청년’ 김남근, 그는 누구인가

이주한, 소현민



### 1. 김남근. 그는 누구인가.

민생경제위원회에 적을 둔 변호사들은 텔레그램 메신저, 카카오톡 메신저 단체방을 통해 김남근 변호사님의 일상을 전달받는다. 김변호사님은 각종 기자회견, 시위현장, 국회 간담회, 라디오, TV 까지 어느 곳에도 계시고, 매번 다른 주제의 발제를 진행하고 계신다. 민변의 전통적인 분야의 활동부터 최근 플랫폼 문제에 이르기까지 민생 대부분의 현장에 정말 다 있는 분이다. 변호사님으로부터 도망(?)쳐서 참여연대 등 시민단체 모임에 참석하면 거기서 회의를 주재하고 계시고, 국회 토론회 등의 발제자로 참석하면 역시 해당 토론회 좌장을 맡고 있으시다. 한국 사회에서 이

슈가 되는 사건들 그리고 해결하기 어려워 사회적 합의기구가 출범하는 사건들에서 문제제기를 하는 당사자 혹은 해당 합의기구의 좌장으로 계신다. ‘김남근 로봇설’, ‘민생위 조물주’, ‘갓(god)남근’, 팔방미인, 열혈청년 등 어디에나 계시고 민생과 관련한 모든 문제에 결합하고 있는 김남근 변호사. 과연 그는 누구일까.



김남근 변호사님은 지방 재판 갔다가 참여연대에 곧바로 회의를 가게 되는 경우, 꼭 간식을 사들고 간다. 대전의 명물을 사들고 참여연대에 가셨을 당시의 사진

필자가 텔레그램 스티커 중에 가장 많이 사용하는 스티커는 김남근 변호사님의 스티커이다. 누군가가 피자와 떡볶이를 좋아하는 등 변호사님의 여러 가지 특징을 잘 잡아 스티커를 만들었다. 김남근 변호사님이 있는 단체 메신저 방에서도 아랑곳없이 빈번하게 사용되고 있다. 또한, 연식(?)에도 불구하고, 어떤 모임이든 ‘옹’이라고 부르며 김남근 변호사님을 찾고 그분이 오시면 반가워한다. 존경하되 어려워하지 않고 만나면 새로운 일을 던져

줍에도 김변호사님을 찾는 이유가 무엇일까. 필자 역시 김남근 변호사님으로부터 많은 것을 배우며 함께 활동할 수 있다는 것이 큰 행운이라 생각한다. 존경과 사랑과 감사를 담아 ‘옹’이라 칭하며 글을 시작해 본다. 그분의 깊고 높고 넓은 뜻을 필자의 얇은 지식으로 미처 다 헤아리고 이해하지 못하여, 김남근 변호사의 말씀을 정리하는 과정에서 숨겨진 뜻이 훼손될 것이 우려된다. 가능한 한 그분의 말씀을 그대로 전달하고자 한다.

1 텔레그램 스티커에서 김남근으로 검색하면 30여 개의 김남근 변호사의 스티커를 확인할 수 있다.

## 2. 김남근의 학창시절

아직 은퇴할 나이도 아니고 한창 활동할 시기인데 인물탐구의 대상이 되었다는 사실에 김남근 변호사님은 겸연쩍어 하신다. 고 최영도 변호사님의 관한 인물탐구 글을 참고자료로 드렸더니, 본인은 훌륭한 집안도 아니고 그동안 해온 일도 미미하다며 질문을 하고 답변을 하는 방식으로 진행하자고 하신다(그리고 본인이 뽑아 오신 질문을 전달하고 본인의 소속 변호사이신 소현민 변호사님을 인터뷰 자리에 초대하신다. 필자의 업무를 줄여 주시기 위함임을 잘 알지만 그래도 질문에 말리지 않도록 정신 차리고 진행해야겠다고 다짐한다).

변호사님은 전쟁으로 실항민이 되신 개성 출신의 부모님의 2남 2녀 중 막내로 서울에서 태어나셨다. 신당동, 자양동 등지에서 초중고 생활을 하신 후, 1982년 서울대학교 법과대학에 입학하신다. 서울시청 말단 공무원 아버지 밑에서 전형적인 모범생으로 성장하신 변호사님은 부모님의 영향으로 중학교 1학년부터 고등학교 3학년까지 공무원을 꿈꾸며 청소년기를 보내시고, 공무원이 되기 위해 행정학과가 부활한 학과가 공법학과라 듣고 서울대학교 공법학과에 진학하신다. 중고등학교 시절 본인은 모자 한 번 빠뜨게 쓰거나 교복의 호크 한 번 채우지 않고 등교한 적이 없었던 전형적인 모범생이었노라 자평하신다.

대학교 입학 이후에도 공무원 집안 막내아들답게 주위를 경계하시며 데모와는 거리가 먼 삶을 사셨다. 평화롭던 1학년 여름 새로운 활동에 대한 갈증과 농어촌 활동에 대한 동경으로 농활에 참여하고 그 곳에서 좋은 선배들을 만나면서 다른 삶을 살게 된다.

낭만적인 농촌봉사활동을 꿈꾸며 지원한 곳은 운동권 서클이었고, 새로운 활동에 대한 목마름과 묵묵한 성격의 무딘 사내임을 눈치 챈 선배들은 공부를 시켜주겠다며 변호사님을 끌어들이었다. 변호사님은 그곳에서 각종 사회과학도서들과 역사서, 독립운동사 등을 탐닉하게 된다. 당시 일본의 역사교과서 왜곡 문제에 대한 전두환 정권의 태도로 전국 대학교에서 연이어 시위가 벌어지고 사복경찰들이 교내에 상주하면서 시위 현장에 있는 대학생들을 잡아 가두는 상황이어서 정치적으로 예민한 인식을 가질 수밖에 없었던 분위기가 변호사님이 이와 같은 도서에 더욱 탐닉하게 만드는 계기가 되기도 하였다.

### 3. 김남근의 시련

대학 4학년 때인 1985년, 서울대에서는 7년 단임의 정권교체기를 앞두고 군사독재정권의 헌법철폐와 개헌을 요구하는 투쟁을 하게 된다. 변호사님은 '서울대 파쇼헌법 철폐투쟁위원회'에 참여하여 내부적으로 조직을 꾸리며 다른 대학들에게 연락하는 역할을 담당하시어 개헌 시국토론회 등을 개최하였고, 결국 국가보안법 및 집시법 위반으로 남영동 대공분실에 구속되어 조사를 받게 된다. 당시 서울대에서의 시위가 몇몇의 국회의원 과 여러 시민사회단체도 함께 참여한 것이었기에 군사정부에서도 많이 긴장을 하고 있었다.

“구속된 지 일주일이나 지나 영장이 청구되고 밤새 두들겨 맞으며 잠을 못 자게 하는 고문을 받았었죠, 민족민주혁명 이론에 따라 개헌 투쟁을 하였다고 자백하는 것이 크게 문제되지 않을 것이라고 생각하고 자백을 하였는데, 이후 언론을 통해 확인한 내용은 군사정권의 큰 그림은 간첩이

었던 김근태 민주학생 청년연맹 의장이 민족민주혁명 이론을 주창하고, 서울대 개헌투쟁 주도세력이 그러한 민족민주혁명 이론에 따라 개헌투쟁을 한 것이라는 것이었습니다. 김근태 의장이 모진 고문을 받으셨음에도 간첩이라고 거짓 자백을 하지 않으셨는데, 그분이 간첩이라고 자백했으면 저희들은 다 죽는 거였겠죠. 본인이 완강히 버텼고 그래서 별로 중요하지 않은 사건이 되어버렸습니다. 그 뒤에 국회의원으로도 왕성한 활동을 하시던 김근태 국회의원은 결국 그 고문 후유증으로 사망하여 민주화 운동을 했던 사람들은 모두 비통해 했었지요.”

한편, 본인이 국가보안법 사범이었다는 사실에 안타까움을 표현하기도 하신다.

“자백을 하고 끌려나오는 과정에서 민청련 주요 간부였던 박우섭 선배를 만났는데, 자신은 끝까지 민족민주혁명 이론을 모른다고 해서 국가보안법 딱지는 뗐다고 자랑스럽게 얘기를 하더라고요... 아! 프로는 다르구나 하는 생각이 들기도..... 민족민주혁명 이론을 기관지에 실어 주창했던 사람들은 거짓자백을 안 해서 집시법으로 기소되는데, 저는 고문에 굴복해 자백했다고 국가보안법으로 기소된다는 게 지금은 어이가 없지만, 그 당시는 남영동에서 한 달간의 지옥을 빠져 나왔다는 것만으로도 살았다는 느낌이 들었습니다.”

군사독재시절 학생운동을 하면서 변호사님의 장래희망은 자연스럽게 바뀌어간다.

“사법고시를 볼 생각은 원래 없었고 행정고시를 준비해서 공무원이 되

는 것이 꿈이었는데, 군사 독재 정권하에서 대학생활을 하면서 그런 정권하에서 공무원 생활을 한다는 건 상상하기 어려웠습니다. 이미 대학교 2, 3학년이 됐을 때 공무원이라는 것은 제 머릿속에서 다 지워졌어요. 우리 82학번 전후하는 세대들은 졸업 이후 대부분 노동 현장을 갔습니다. 일부 정치권으로 진출한 친구들도 있었고요. 당시 시민운동이라는 것이 별로 없었고 민청련이라는 청년 운동이 있었지만 한계가 명확하다고 생각하기도 했습니다. 그래서 재학시절 노동운동을 잘 준비한 사람들은 용접자격증 등을 취득하여 대우자동차, 현대자동차 등 대기업에 들어갈 수 있었고, 저를 포함하여 준비하지 못한 사람들은 남자들은 인천, 여자들은 구로공단을 많이 갔습니다.”

변호사님은 당시 소위 지식층이 노동운동으로 뛰어들었던 배경을 다음과 같이 설명하신다.

“전두환 정권은 지금이야 그 무서움을 알지 못하지만 그 당시에는 어마어마하게 무서운 정권이었어요. 쿠데타로 들어서서 광주에 가서 저항하는 시민들을 학살을 한데다가, 항상 전투경찰을 동원해서 시위를 진압하고, 이런 상황이었거든요. 학내에서도 대부분 시위를 하게 되면 엄청나게 많은 사법 경찰들에서 금방 진압되기도 하였고요. 이런 경험들을 하면서, 어떻게 보면 학생 운동의 힘만 가지고는 세상을 변화시키기 어렵다고 생각을 하게 되었고 계층적으로 가장 인구가 많았고 노동 조건이 열악했던 노동자들, 그들이 떨쳐 일어나서 이런 군사 독재 정권을 물리치는데 상당히 역할을 할 거다 이런 기대들이 있었죠. 그래서 가서 일단 노동자들을 조직하자는 생각으로 노동현장으로 많이 갔었죠.”

똑똑이 모범생 막내아들이 고위 공무원이 될 것을 기대하셨던 부모님도 자식이 도망 다니고 쫓기는 신세가 되자 많이 변하셨다.

“1987년 민주화 운동으로 수배가 해제되어 집에 돌아와 보니까 어머니가 머리가 하얗게 세어 있고, 머리띠를 두르고 명동성당에서 시위를 하는 그 사진을 보여주시더라고요. 굉장히 보수적인 분들이었는데 자식이 감옥도 가고 도망도 다니고 그러니까 본인들도 본능적으로 명동성당 집회도 나가시고 이렇게 하셨던 것 같아요.”

1986년 말, 별 준비 없이 급하게 공장에 취업을 하다 보니 변호사님은 상대적으로 취업이 쉬웠던 인천 바닷가 쪽에 있는 목재공장에 취업한다. 그 뒤 목재회사 노동자들과 주로 인연이 닿아서 ‘목재인의 집’이라는 공간도 만들고 인천지역에 공장이 있었던 가구와 악기 회사 노동자들을 많이 만났다. 그중에는 나중에 대규모 공장이었던 영창악기, 삼익악기 노동조합 위원장이나 인천제철 노조간부 등이 되어서 민주노동조합 운동의 초창기에 헌신적인 활동을 하였던 분들도 있었고, 중소 가구공장에 다니며 모임을 같이 하던 분들도 있었다.

변호사님은 86년부터 93년까지 7년간 노동운동을 하셨는데, 노동현장에 마지막까지 같이 남아 있던 대학 동기였던 임성택이 더 이상 노동현장에 있기 어려워 가족들과 함께 서울에 올라가 취업을 하겠다고 했을 때, 변호사님 혼자 현장에 남아 있기는 어렵겠다고 생각하여 깊게 고민한 후, 본인도 서울로 오게 되었다. 딱 찬 나이에 선택지가 많지 않아 당시 노동운동을 하셨던 분들이 사법고시를 준비했던 흐름에 따라 사법고시를 선택하셨다.



“고시공부를 하러 가겠다고 했을 때 너무도 힘든 고생을 하고 있었던 노동자 동료들 중에는 실망한 눈빛이 역력한 분들도 있었고, 오히려 전문가가 되어 우리를 도와주는 게 더 낫다며 격려해 주시는 분들도 계셨어요, 고시에 합격하여 변호사가 되면 반드시 돌아오겠다고 약속을 했고 사법연수원 시절 지도교수님의 판사에 지원하라는 수차례의 권고에도 흔들리지 않고 수료 후 인천에서 개업을 하게 되었습니다. 인천을 떠날 당시 노동조합 간부들이나 노동자들이 스스로 해낼 수 있는 역량이 되었습니다. 이런 상황이었기 때문에 저도 전문가가 되어야 한다는 생각으로 서울로 향하게 되었던 것이죠.”

다행히 1993년 문민정부가 들어서고, 김영삼 대통령 본인도 민주화 운동을 했던 사람이기 때문에 보수 정당의 대표로 대통령이 되기는 했지만 과거에 학생 운동을 했던 사람들에게 대해서 대대적인 사면복권이 있었고, 변호사님도 사면복권되어 사법고시에 도전할 수 있었던 것이다.

“인천에 있던 한 260만 원인가 하는 보증금을 빼서 이걸로 2년 동안 고시 공부를 하면 된다고 생각했는데, 그거 가지고는 어렵도 없더라고요. 그 당시에 순진해서 고시에 합격한 후배들한테 책을 빌려서 그걸로 공부하면 되겠다고 생각했는데, 의외로 후배들이 합격해도 책을 가지고 있어야 된다고 그러더라고요. 제일 순진했던 후배 중에 한 명이 헌책방에 가서 상법 책을 하나 사줬는데, 보니까 한 200페이지 이후 똑같은 게 나오더라고요. 잘못 인쇄된 책이었던 거죠. 이게 책을 다 사야 된다고 생각하니 일단 그것부터 부담이 됐었습니다. 다행히 이런 상황을 알고 있는 같이 스터디를 했던 후배들이 과외 자리도 소개해주고 해서 생활비를 마련할 수 있었습니다. 고시를 마치고도 당장 생계가 중요하니깐, 스터디를 했던

그룹들이 그대로 학원에 패키지 강의를 제안해서 학원에 약간 몸을 일으키며 진행하기도 했습니다.”

#### 4. 끊임없는 열정의 원천

변호사님의 끊임없는 열정과 운동의 원천 중 하나는 빛진 마음이었다. 인천에서 노동자로 근무할 당시, 회사의 어용노조와 구사대라 불리는 폭력 집단이 노동조합 활동을 방해하고 노동조합 활동을 하는 사람들을 폭행하는 등의 행위를 하였다. 어느 날 변호사님의 격려로 전면에 나서 노동조합 활동을 하셨던 분이 심한 폭행을 당했다는 이야기를 듣고 나중에 집에 찾아간 적이 있었는데, 정말 처참한 상황이었다고 한다. 폭행을 당한 노동조합 간부는 얼굴이 거의 반쯤 멍이 들어 있었고, 힘이 들어 더 이상 못하겠다며 그만두겠다고 어려움을 토로하셨다. 하지만, 변호사님은 지금 모습에서도 예상가능하게 힘든 상황에 처해 계신 분에게, ‘앞장서 있던 분이 좌절하고 포기하면 나머지 7천여 명의 조합원들은 어떻게 생각하겠냐’, ‘이럴 때 용기를 내서 또 전선에 서야 되는 거 아니겠냐’, ‘물러서면 안 된다’는 식으로 설득하고 독려했다.

“남한테 어려운 운동을 하자고 많이 권하고 독려했던 말들이 나에게도 더 열심히 해야 한다는 의무를 지웠겠죠. 그들이 힘들게 투쟁하고 앞장섰던 모습이 저의 가슴속에 남아있고, 저의 마음의 빛으로 남아 있습니다.”

또 다른 빛은 박원순 변호사가 참여연대 사무처장을 그만두면서 변호사님께 사무처장을 권할 때였다. 당시 변호사 2~3년차 밖에 되지 않았던 변호사님은 아직 저연차 변호사라는 핑계, 지금 진행하고 있는 사건들을 모

두 정리하고 가기는 어렵다는 핑계, 인천에서 사무실을 운영한다는 핑계 등으로 제안을 거절하였다. 다른 이들에게 적극적인 활동을 권하시는데 본인은 활동을 거절하는 것이 마음의 부담이 되셨을까. 이후 변호사님은 상근 변호사의 몇 배의 일을 하겠다고 결심을 하시고, 이후 참여연대 협동사무처장, 비상근 사무처장, 집행위원장 등 참여연대의 제안을 거절하지 않으시고 후배 변호사들의 참여연대 활동을 적극 권장, 지원, 압박하신다. 압박은 주로 “그 분야는 우리 ○○○변호사가 잘하는 분야이니 신고서 써서 기자회견 참석하는 것으로”, “내가 정리해 둔 자료 줄 테니 조금만 살 붙여서 ○○○변호사가 발제하는 것으로”로 진행된다. 민변과 참여연대 등 시민사회단체에 이름을 걸어둔 변호사들이 변호사님의 제안을 거절할 수 없는 이유 자체가, 변호사님은 후배 변호사에게 일을 맡기고 빠지는 것이 아니라 본인은 몇 배의 일을 자처해서 진행하신다. 해당 모임에 본인이 직접 회의를 주관하시면서 후배 변호사를 소개하고 쟁점을 알려주실 뿐만 아니라, 본인이 작성하신 원고를 하사하여 막막한 원고를 완성할 수 있게 해주시기도 하신다.



2000년대 초반에도 활발히 활동했던 김남근 변호사님



## 5. 김남근의 인생사건

가장 기억에 남는 변론 사건 중 하나도 참여연대와 관련이 있는 사건이라 하신다. 2009년도 이명박 정부가 들어서자마자 광우병 쇠고기 수입 문제로 촛불 집회가 이어졌고, 그 과정에서 참여연대 간사들과 많은 시민사회단체 사람들이 구속이 되었다.

“촛불 집회 사건 그때는 뭐 우리 참여연대 간사들이나 뭐 이런 사람들도 많이 구속되고 하니까, 제가 어떻게 보면 그때 가장 핵심적인 임원이었으니 전면으로 나가서 변론을 해야 했어요. 참여연대를 상대로 경찰청이 손해배상 소송도 걸어왔어요. 건물이 날아갈 수도 있는 상황이었으니깐 제가 집행위원장으로서는 사력을 다해 방어를 하지 않을 수 없는 상황이었습니다. 그러면서 그 사건을 하면서 어떻게 보면 우리나라에서 좀 이렇게 획기적이라고 할 수 있는, 그런 판결을 남겼던 것 같아요.”

변호사님 말씀을 들으니 필자도 재학시절 이 판례를 공부했던 기억이 난다. 야간 집회 및 시위에 대한 위헌법률심판 사건, 헌법불합치에 효력 상실, 이정도만 얼핏 기억이 났는데 자랑스레 말씀하시니 계속 들어보자.

“지금은 전혀 감이 없지만 그 당시에는 야간집회는 무조건 형사처벌을 받았어요. 야간 집회, 야간 시위에 대해서 위헌 법률 심판 제청 신청을 했어요. 그걸 어느 한 판사가 받아줘서 그걸 헌법재판소까지 갔고요. 야간 집회에 대해서는 헌법 불합치 결정을 했다가 나중에 법 개정을 안 해서 효력을 상실시키게 했고 야간 시위에 대해서는 밤 12시를 기준으로 해서 일부 위헌 판결을 받았습니다. 당시 헌법 교수들과 전력을 싸고, 집시법과

관련한 외국의 입법례를 학계의 네트워크를 이용해서 광범위하게 리서치를 했던 기억이 있습니다. 이렇게 탄탄히 준비해 가니까 헌법재판소도 당시 상당히 보수적인 구성이었음에도 불구하고 일부 위헌 및 헌법불합치 결정을 받았습니다. 당시 재판관 중 한명이었던 이동흡 재판관이, 내가 야간 집회를 금지하는 외국법을 찾아내겠다고 말씀하셨던 것이 기억에 남습니다.”

당시 사건이 일반교통방해죄와 관련한 법리도 만드셨음을 자평하신다.

“당시에는 도로 일부를 점거하여 시위를 하면 무조건 일반교통방해죄로 처벌했는데 그것도 끝까지 다투서 전면적 배타적으로 차도를 점거하는 경우는 일반교통방해죄로 처벌할 수 있어도 도로 일부만을 점거해서 시위하는 경우에는 교통을 전면적으로 방해하는 것은 아니니깐 일반교통방해죄에 해당하지 않는다는 판결도 함께 받았습니다. 지금은 이와 같은 법리가 굳어졌지요. 당시 우리 변론이 집회 시위의 자유를 신장시키는데 큰 역할을 했다고 자평할 수 있을 것입니다.”

이 사건이 변호사님이 했던 사건이구나. 자부심을 가질만한 사건이다. 변호사님은 당시 함께 했던 박주민, 서선영 변호사님의 공이었다며 후배 변호사들에게 감사를 표하신다.

변호사님의 2번째 사건은 형사 사건이다. 변호사님은 2, 3년차 변호사 시절 진행하셨던 사건을 통하여, ‘변호사의 노력 여하에 따라 억울한 사람을 다시 살려낼 수도 있구나’, ‘그와 같은 노력을 이끌어 내기 위해서는 철저히 준비해야 하는 구나’ 하는 것을 경험하셨다고 한다.

속초에 계신 부부가 방송에 나오는 변호사님을 보고 자식이 1심에서 강도살인으로 무기징역을 받았다며 2심<sup>2</sup>을 맡아달라며 찾아오셨다. 부모님들은 너무 억울하다며 꼭 좀 맞아서 해결해 줄 것을 부탁하셨다. 변호인 접견을 통하여 피고인이 지식수준이 너무 낮아 자기 생각을 정리하여 말할 수준도 되지 않음을 확인하신 변호사님은 너무나 잘 정리되어 있는 피의자의 경찰, 검찰 신문조서 내용이 피고인이 진술한 것이 아님을 확신하신다.

이후, 사건의 주요쟁점 10여 개를 뽑으시고, 해당 쟁점에 대한 경찰, 검찰 신문 내용이 어떻게 변경되는지를 도표를 만들어서 비교해 보신다. 답변 내용이 계속해서 변경되고 범행 장소나 시간 등이 시간이 지날수록 명확해지는 것을 보시고 경찰관의 가이드에 따라 진술을 정리한 인상을 받으셨다. 현장을 확인할 필요성이 있다고 느끼신 변호사님은 휴가를 사건 현장이었던 속초 콘도로 가시고 거기서 돌아다니면서 옥상으로 나갈 수 있는지, 시체를 던졌다는데 그게 가능한지, 카운터에서 체크아웃을 하지 않고 나갔는데 그게 확인이 안 될 수도 있는지, 콘도에서 사체가 유기되었던 공동묘지까지 거리가 얼마나 되는지, 차도를 건너야 하는데 걸어서 가능한지 등을 점검하셨다. 공동묘지에서 오래된 백골도 나오고 피고인이 자백까지 한 사안이지만 변호사님의 이와 같은 노력으로 원심이 파기되고 항소심에서 무죄 판결이 나왔다.

“현장 검증을 가는데, 당시 양양공항으로 가는 비행기가 한 대 밖에 없어 재판부 및 검사와 함께 비행기를 타고 갔어요. 뒤에서 저를 바라보는

<sup>2</sup> 당시 속초에서 진행하였던 사건의 항소심은 서울고등법원에서 진행하였다.

표정이 ‘이런 사건을 왜 현장 검증을 가느냐’부터, 유죄가 나오기만 하면 비용을 다 청구하겠다는 듯한 눈으로 찌려보는 분위기였던 것이 기억나네요. 하지만 현장 검증 이후, 재판부가 과학수사대가 아닌 대학교의 시체 검사 전문가 연구소로의 사실조회, 각종 증인 신청 등 거의 대부분의 신청을 다 받아줬던 기억이 있습니다. 결국 무죄를 받았는데 어떻게 보면 이런 것이 보람인 것 같아요. 원심에서 무기징역 받았던 친구들이 나갈 수 있게 한 것도 있고 ‘경찰의 수사 과정이라는 게 지방에 가면 아직도 전 근대적으로 이뤄지고 있는 부분이 있구나’, ‘변호사의 역할이라는 게 결국 이런 걸 찾아내서 억울한 사람들 다시 살려내는 것이구나’라는 것을 느끼게 되었죠. 큰 돈 받고 하는 사건도 아니고 지금은 못할 것 같은데, 그때는 약간 젊었으니까 학자 같이 해보자고 해서, 모든 기록을 행으로 위아래로 살살이 읽어보고 도표를 만들어서 정리도 해보고 현장도 이렇게 살살이 뒤지면서 진술이 현장 상황에 맞는지 연구를 해 봤었죠. 무죄 판결을 하나 이끌어내려면 나부터가 범인이 아니라는 확신을 가지고 철저히 준비를 하지 않으면 받아내기 어렵다는 교훈도 얻었던 것 같습니다. 재판이 길어지면서 피고인 중 한 명이 나와야 하는 상황이었는데, 재판장이 저보고 2천만 원 보증을 서라고 하기에 부당하다는 생각이 들었지만, 자신이 있어 2천만 원 보증도 서서 보석으로 나왔던 기억도 있네요.”

최근에 진행하신 대기업의 기술 탈취 사건도 기억에 남으신다 하신다. 대기업의 기술탈취와 납품단가 후려치기 그리고 해외에 수출하지 못하도록 제3자 판매금지 특약이 있는 구속조건부거래 등의 불공정계약에 대하여 계속 문제 제기를 해서 공정거래위원회에서의 과징금 처분도 3개나 떨어지게 했고 형사 기소도 되게 했으며 민사는 나중에 합의를 했지만 최초의 징벌적 손해배상도 받았던 사건이다.

“우리나라에 선례가 없었던 대기업의 기술 탈취 사건에 대하여 중요한 선례를 남겼다는 점에서 매우 의미가 있고 보람이 있었던 사건이죠. 이후 중소벤처기업부는 자신들이 철저하게 조사를 진행하여 대기업과 중소기업 사이의 상생 협약을 이끌어냈다고 보도자료를 내고, 공정거래위원회도 자신들이 문재인 정부에서 이뤄낸 굉장히 중요한 기술 탈취에 대한 제재 사건이라며 이야기를 하고 있지요. 제가 이와 같은 사건의 경험이 많다 보니깐, 공정거래위원회, 중소벤처기업부, 검찰, 특허청 이런 곳의 절차들을 잘 활용해 가면서 종합하여 대응한 결과 좋은 결과가 나온 것 같습니다.”

## 6. 변호사 김남근

변호사님은 연수원에서 노동법학회 학회장을 하시면서 후배들을 인솔하여 민변, 참여연대, 노동상담소, 환경운동 단체 등 각종 시민사회단체에 소개하고 활동하도록 도와주셨다. 그리고 연수원을 나올 때, 40~50명이 대규모로 민변에 가입하고 활동을 하셨다.

“제가 롤모델로 삼은 분이 수원의 김칠준 변호사님입니다. 변호사님과 함께 아파트 공익사업과 관련한 운동 등을 함께 하며 많은 것을 배울 수 있었습니다. 당시 지역에서는 다수의 노동 변론을 했고 참여연대에서 시민운동 등도 열심히 하였는데, 그 당시 욕심으로는 왼쪽의 노동 사건에서부터 오른쪽의 아파트 사건까지 다 한다는 것이 포부였습니다.”

변호사님은 시국사건 변론과 당시 활발하게 활동을 진행하였던 노동위원회 및 통일위원회 활동 등 민변의 전통적인 활동영역보다는 새로운 영

역을 개척하고자 하셨다. 변호사가 법률지식으로 지원을 해주는 역할도 중요하지만 주체로서 선수가 되어 세상을 변화할 수 있는 방법을 고민하신 것이다. 이와 같은 생각은 노동운동을 경험하면서, 노동자들이 굉장히 고생하는 것을 보시고, ‘노동 운동만 가지고는 세상을 다 변화시킬 수 없겠다’, ‘여러 운동들을 같이 연대하게 하는 그런 포지션을 가지고 운동을 하면 좋겠다’와 같은 생각에서 비롯된 것이다. 많은 후배들을 데리고 참여연대 등 각종 시민사회단체 활동에 참가하였고 새로운 활동을 개척하려고 노력하셨다. 당시 민변 변호사들이 대부분 관심을 잘 가지지 않았던 주거, 가계부채, 중소기업인 보호등과 관련된 운동을 활발하게 진행하였고, 참여연대에서 활동하였던 다양한 민생 영역들을 민변으로 가지고 와 민생경제위원회를 출범하기도 하였다.

“언젠가는 강금실 변호사가 저한테 그런 이야기를 하더라구요. ‘김남근 변호사가 어디 민변 변호사야. 참여연대 변호사지.’ 갑자기 왜 이렇게 차갑게 나오나 그랬는데, 당시 선배들 사이에서 그런 논쟁이 있었던 것 같더라고요. 박원순 변호사 같은 경우는 ‘민변이라는 곳은 활동이 제한적이라 밖에 나와서 활동을 해야 된다’고, 그래서 민변 후배들을 데리고 참여연대나 이런 각종 시민단체에서 활동하게 했어요. 반면, 민변 원로 변호사님들은 민변을 중심으로 활동을 해야 한다고 생각하셨고요. 어느 것이 옳고 그른 것은 아닌데, 어찌 보면 저는 전자의 경우였던 것이지요.”

이후 중소기업인 운동으로 활동영역을 넓히면서 한국중소상인자영업자총연합회(한상총련), 전국가맹점주협의회(전가협) 등과 함께 운동을 진행하신다. 변호사님은 운동을 좀 넓게 펼치고 각 단체들을 연대하게 하여 그 힘으로 세상을 바꾸고 싶으셨던 것이다. 변호사님의 이런 생각은 지금

도 여전하다.

“지금도 저는 후배들한테 남들 많이 모여 있는 데 가서 하지 말고 새로운 것을 시도해봐라. 새로운 분야를 개척하는 능동적인 변호사가 되라고 이야기를 항상 하고 있어요. 1987년을 전후로 해서, 그 이전에는 ‘군사 독재 정권을 물리치자’, ‘정치를 개혁하자’ 이런 것들이 굉장히 중요한 시기였는데, 87년 이후에는 우리 사회에 대한 다양한 개혁 요구가 확산되던 시기였지요. 확산의 내용 중에는 민주주의를 제도적으로 정착시키기 위해서 군사독재정권 타도 이런 식이 아니라 제도 내에서 선거와 정당을 개혁하자라는 요구도 높았었지요. 경제 분야에 대해서도 불공정행위와 관련된 문제, 중소기업 사이의 불공정, 그리고 재벌들의 불법적인 경영권 승계와 지배구조 문제 등을 개혁하자는 것도 있었지요. 이외에도 환경, 여성, 소수자 등 다양한 분야에서 개혁에 대한 요구와 의지가 확산되는 시기였으니까 민변 내에 있는 개혁에 열정 있는 변호사들이 그런 데로 확산해 나가야 한다. 이런 생각을 제가 좀 많이 했습니다.”

“민변은 여전히 노동 운동이나 사회 운동하는 사람들이 활동을 하다가 구속되거나 그러면 시국변론을 하고 그들을 지원해 주는 게 활동의 중심이고, 아마 지금도 가장 기본적인 건 다른 운동을 지원해 준다. 이런 게 강하잖아요. 우리가 주체가기보다는 ‘지원을 해줘야 된다’, 이런 게 중심이고. 그와 같은 활동은 계속 발전시켜야 되는데 ‘그와 같은 활동에 머물러 있으면 안 된다’, 그런 생각이 좀 많았죠. 그래서 새로운 운동을 개척하자고 했던 것이고.

당시 노무현 정부여서 굉장히 부동산 가격이 급등하고 이랬어요. 경험도 없고 잘 몰랐었지만 그런 분야에 뛰어들어 건설회사의 폭리를 제어하

기 위하여 분양가 상한제를 만들자는 운동을 했었고, 이자제한법을 부활 하자는 운동도 했었지요. 또한, 당시 상가 임차인들이 거리로 많이 쫓겨났어요. 당시 부도가 나면 보증금이 보호가 안 되었거든요. 그래서 상가 건물 임대차 보호법 만들자는 운동도 했었지요. 이후에도, 부동산 주거 개혁 운동이 있었고 그 다음에 가계부채를 중심으로 한 금융 개혁 운동 그런 것들도 계속 했었지요. 그 다음에는 2010년대쯤 오게 되면서 자영업의 위기가 온 거죠. IMF 이후 한 10년 동안 기업에서 희망퇴직이나 해고와 같은 사유로 대거 방출된 사람들이 자영업으로 진출하고, 기업의 취업이 어려워지니까 젊은이들이 자영업을 하면서 공급이 너무 많아 자영업의 위기가 온 것이죠. 옛날에는 중산층이었는데 대부분 자영업자들이 신빈곤층으로 전락하는 그런 게 많았어요. 그때 신용카드 사태가 있었는데, 신용카드 사태는 대부분 경제적으로 어려워진 사람들이 카드로 빚을 돌려 막다가 결국 감당하지 못하고 터진 것이죠. 가족이 집단 자살하는 등 여러 사회문제들이 발생하였지요. 이와 같은 사건들을 계기로 중소기업인 보호 문제가 큰 사회적 화두가 되었고요. 상가 건물 임대차 문제, 파산 회생제도를 통하여 가계부채를 조정하는 문제 등 다양한 운동을 하게 되었지요.”

사건 수임으로 생계를 유지해야 하는 변호사가 한 분야의 공익활동만으로도 많은 노력이 필요하여 시간이 부족할 때가 많다. 재벌개혁, 중소기업 보호, 상가 건물 임대차 보호, 가계부채 문제 및 파산회생 등 다양한 분야에서 전문성을 가지고 활동하실 수 있는 비결이 무엇일까.

“제가 새로운 분야를 개척해서 부딪쳐 보는 성향이 있어요. 깊이 않은 지식으로 시작했던 분야였는데 3~4년 동안 많은 논쟁을 진행하다 보면

어느새 깊어져 있지요. 제가 체계적인 지식의 양은 부족하지만 해당 분야의 쟁점이 무엇인지 파악해 내는 능력이 남들보다 조금 더 있는 게 아닐까 생각하고 감사해하고 있어요. 또한 저 혼자 하는 것이 아니라 민변의 주류들은 아니었지만 부동산, 재벌개혁, 중소기업인, 금융 등 각 분야에 관심을 가지고 따르는 후배들이 여러 분야를 하나씩 맡다 보니 민생이라는 큰 부분에서 활동을 감당하고 개척해 나갈 수 있었던 것 같습니다.”

저연차 변호사님들을 만나보면 공익 활동을 하고 싶은 마음은 크지만 경제적인 삶이라는 문제가 있어 활동이 쉽지 않은 경우가 많다. 과거보다 공익활동과 삶 사이의 밸런스를 잡기가 어려워지기도 한 것 같다. 변호사님께 새로운 운동을 시작하려는 후배들에게 한 말씀 해주실 것을 부탁드립니다.

“제가 처음 변호사 일을 시작할 때 두 가지 생각이 있었어요. 첫 번째는 변호사 10년 쯤 했을 때는 전문성이 두 개가 있어야 된다. 하나는 내가 먹고 살기에 꼭 필요한 전문성, 그리고 다른 하나는 공익적인 활동을 하는데 필요한 전문성. 남들이 다 하는 거 그냥 하는 그런 변호사가 아니라 그래도 특정 분야에 있어서는 내 전문성이 인정될 수 있는 그런 변호사로 나를 자꾸 성장시키려고 노력했습니다. 학습의 문제도 있을 거고 관련 단체들의 여러 활동에 참여를 하면서 얻게 되는 것도 있을 것이고요. 자기가 열심히 발로 뛰어야 얻을 수 있는 것들이어서 열심히 노력하는 게 필요한 것 같아요.”

“다른 하나는 3년은 투자해야 한다는 것입니다. 3년 내에 내가 수익을 맞추겠다고 생각하면 무리가 따르게 돼요. 그런 변호사들을 보면 안 되

는 사건도 자주 된다고 수입하고, 안 되는 사건들 같은 경우에는 굉장히 불친절하게 정리를 하고, 이러면 3년이 가도 똑같아요. 보통은 안 되는 사건들이 왜 안 되는지 자세히 설명도 좀 해주고 그 다음에 그 사람들하고 충실히 상담을 해서 문제 해결 방식도 그들이 생각했던 소송만이 아니라 이런 다양한 방법도 좀 이렇게 안내를 해주고 이런 활동들을 착실히 해야 하는데 그렇지 못한 거죠. 착실하게 하다 보면 이게 한 3년 후가 되면 그 사람들이 반드시 다른 사건을 가져오게 되거든요. 아니면 다른 사람을 소개시켜주게 돼 있는데 그러면 한 3년 후가 되면 두 배가 되고, 또 3년이 되면 또 그게 네 배가 되고 이렇게 되는 거잖아요. 이렇게 되면 안정의 길을 걷는데, 너무 단기적인 수익에만 매달려서 클라이언트들과의 신뢰 같은 것들을 못 쌓으면 평생을 가도 쫓쫓거리며 살게 되는 문제가 있습니다. 그래서 3년 정도는 어렵더라도 내가 그런 탄탄한 어떤 인적 네트워크 내 전문성 이런 걸 쌓아가는 것으로, 그 정도에 있어서는 좀 적자를 감수하더라도 투자를 한다는 생각으로 좀 했으면 좋겠다, 이렇게 생각이 들어요.”

필자도 현재 변호사님과 함께 온라인플랫폼들의 독점을 지지하기 위한 온라인플랫폼 공정화에 관한 법률을 공부 중이다. 미국 및 EU법을 분석하고 주요 조항들을 해석, 발췌하여 우리나라 법제에 맞게 재결합하는 과정을 진행 중인데, 매번 저녁 10시까지 이어지는 회의를 직접 주관하시고 참여하는 변호사들을 독려하시며 해당 법률이 규율하고자 하는 의도까지 파악하시어 우리 법제에 맞게 해석하시는 것을 볼 때마다 그 열정과 능력에 감탄한다. 변호사님은 회의에서 다뤄진 쟁점들을 빠짐없이 정리하시어 발제 자료를 만드시고 그 자료로 이곳저곳에서 발제를 진행하시는 것을 볼 때 과연 그 역시 24시간을 살고 있는 것인지 놀랄 때가 한두 번이 아니다.

## 7. 공익입법 운동가 김남근



온플법(온라인플랫폼공정화법) 제정을 촉구하는 국회 앞 기자회견에 참석하여 발언하시는 김남근 변호사님

변호사님은 입법활동에도 관심이 많으시다. 2000년대 초반 IMF 이후 건물들이 대거 부도가 나면서 많은 임차인들이 보증금을 반환받지 못하고 쫓겨나는 경우가 많았다. 변호사님은 당시 임차인들에 대한 명도 소송을 방어하는 역할을 하셨는데, 판사들의 성향에 따라서 재판을 오래 끌어서 그 사람들이 조금 더 영업을 하도록 해 주는 방식으로 도움을 주는 것은 한계가 있다는 것을 확인하시고, 제도적으로 해결해야 되겠다는 생각으로 ‘상가 건물 임대차 보호법’ 제정에 뛰어 드셨다. 3~4년간 대한 후배 및 서클 모든 인맥을 동원하여 여야 국회의원들을 가리지 않고 만나서 설득하다 보니 입법이 되었다.

“재개발 문제도 사실 그런 거죠. 재개발 현장에서 추가 부담금을 올려 달라고 그러면 원주민들 대부분 쫓겨나고, 그 과정에서 저항들이 심했는데, 그걸 소송으로 막아낸다는 것은 굉장히 한계가 많았지요. 당시 새로운 소송을 많이 개척하기도 했는데 여전히 근본적인 문제를 해결하는 것에는 한계가 있어 이런 걸 좀 입법으로 해결해야 한다 싶었어요. 이렇게 해서 결국 도시 및 주거환경 정비법 등 수많은 법률들의 재개정을 하였지요. 또 전 서울시장 때 재개발 현장의 갈등을 다양한 방식으로 해결하는

경험을 하였지요.”

“이와 같은 것을 경험하면서 ‘우리가 소송을 통해서 세상을 다 바꾼다는 건 진짜 한계가 많구나’ 생각했고, 그래서 입법을 통해서 해결해야 될 것들에 대해서도 항상 관심을 많이 갖게 되었습니다. 법률가의 역할은 법적으로 하다가 안 되면 끝 이게 아니라 법적으로 안 되면 그 법을 개정하는 것도 중요한 문제겠죠. 저는 변호사가 진취적으로 소송만 생각하지 말고 소송으로 안 되는 것들은 법 개정을 시도하는 것까지 해야 된다고 생각합니다.”

“당시 공익 입법 운동이라는 타이틀로 운동을 진행하였는데, 많은 분들이 호응도 해 주셨습니다. 입법 운동의 대표적인 성공작은 2002년~2003년에 있었던 상가건물임대차보호법 제정, 그리고 상가건물임대차보호법에서 갱신 청구권을 5년에서 10년으로의 연장, 이런 것들이 있지요. 그 다음에 반대도 많았고 또 도입한 후에 논쟁도 여전히 많지만 주택임대차보호법의 계약갱신 청구권 제도도 들 수 있겠지요. 해외에서 약 500만 이상의 주민이 거주하는 도시 중에 이 제도를 안 하고 있는 도시는 서울밖에 없었는데, 굉장히 불완전하지만 계약 갱신 제도를 도입한 것 자체는 상당한 성과가 아닐까 생각해요. 이와 같은 것을 진행하기 위해서 우리가 입법 연구들도 많이 했었고 해외 주요 대도시의 임대차법도 모두 연구를 했었지요. 또한 경제학자들하고 계약갱신청구권이 도입되었을 때의 효과에 대한 분석도 하였고요. 이와 같은 분석 결과를 근거로 입법을 성공시키는 게 아닐까 생각이 들어요.”

“그리고 가장 우리가 주력했던 것이 행정력을 통해서 불공정을 해결하

기가 어렵고 결국은 중소기업들도 노동조합처럼 자기 단결권 단체 교섭권을 행사해서 자기 거래 조건을 개선할 수 있도록 해줘야 되는데 그걸 성공시키게 가맹점법이죠. 그래서 가맹점 거래 공정화에 관한 법률이 가맹점주 단체들이 단체를 만들고 그걸 단체 교섭을 할 수 있는 걸 만들었는데 그걸 모방해서 중소기업 협동조합법에도 일부 도입하였고요. 이걸 전면적으로 확산시키는 데는 실패를 했는데, 문재인 정부도 중소기업들이 단결하는 거에 대해서 굉장히 좀 두려워했던 것 같습니다. 그게 어떤 효과를 미칠 것인가에 대한 걱정으로 대기업들도 상당히 완강하게 로비를 했던 것 같고, 그래서 우리가 다 완성시키지 못했던 것 같아요. 차기 정부에서도 계속 중소기업이나 자영업자들이 단체를 만들고 단체 교섭권을 행사할 수 있게 하는 제도를 만들어야 할 것입니다. 이것과 유사하게 진행하였던 것이 택배노동자들과 관련한 사회적 합의기구를 만들어서 합의를 이끌어 내었던 것이 아닐까 합니다. 택배 본사, 택배 대리점, 택배 노동조합, 소비자 단체 그다음에 화주 단체 택배 배송과정에서 개입하는 모든 단체들이 다 모여서 큰 사회적 합의를 이루어내기도 하였습니다. 비록 완전하진 못하다고 할 순 있겠지만 택배 기사들 과로사 문제를 해결하기 위하여 우리가 같이 노력하고 이런 성과들이 아닐까 생각합니다.”

필자는 인터뷰 전 다양한 변호사님들로부터 ‘옹’에 대한 질문을 요청했다. 많은 변호사님들이 궁금해 했던 질문도 함께 드러본다.

“변호사님이 입법과정에 관심도 많으시고 변호사님과 함께 활동하셨던 많은 변호사님들이 방금 변호사님이 말씀하신 것과 같은 맥락에서 국회로 많이 진출하셨는데, 변호사님은 현실 정치로 진출하는 것에는 생각이 없으셨던 것인가요?”



변호사님은 본인의 활동으로 그동안 해왔던 운동의 정당성이 훼손되지는 않을까 경계하고 조심하신다. 그리고 스스로 제한하신다.

“일단 제가 만일 무슨 국회의원을 하려고 한다든가 그렇게 되면 우리 운동의 정당성이 훼손될 가능성이 있겠죠. ‘정치적 진출을 위해서 민생이라는 타이틀을 걸고 운동을 했던 것 아니냐’ 이런 비판이 있을 수 있고요. 제가 더 조심해야겠죠. 그리고 지금 하는 많은 활동이 국회의원들을 만나서 설득해야 하는데, 내가 국회의원을 하려고 저런 활동을 한다. 이러면 그 사람들이 이제 경쟁자가 되니깐 경계를 하게 되고 그렇겠죠. 그래서 ‘나는 전혀 그런 것이 아니다. 우리는 정책과 입법에 관심이 있는 것이지, 어떤 자리를 놓고 경쟁하려고 하는 것이 아니다’ 이런 것을 명확히 해줘야 하거든요. 그러니깐 그런 것은 제가 더 굉장히 조심을 하는 부분이죠.”

“저만 조심한 게 아니라 또 제 주변에 있는 사람들이, 제가 혹시 그런데 갈까 봐 극도의 경계를 가지고, 특히 참여연대 간사들이 눈을 부라리고 신경이 예민해져가지고, 가려고 해도 갈 수도 없어요. 제가 그렇게 행보를 하는 순간 저희가 해왔던 많은 운동들에 대한 어떤 정당성이 훼손될 가능성이 크기 때문에 그런 거에 대해서는 제 스스로 상당히 조심하고 있어요.”

## 8. ‘포스트 김남근’

김남근 변호사님이 갑자기 부재한다면 시민사회단체의 민생분야 활동이 크게 위축되지 않을까라는 걱정이 있는 건 사실이다.

“각각의 분야에 누가 전문가가 되었으면 좋겠다는 생각을 했었는데, 점

점 그렇게 되어 가고 있는 것 같아요. 예를 들면 주거 분야에서는 거의 이강훈 변호사가 주도적인 역할을 많이 하고 있어요. 금융은 백주선 변호사 이런 분들이 많이 활동을 하고 계시고, 플랫폼이나 중소기업인 문제라든가 불공정 문제 이런 것들도 최근에 젊은 변호사님들이 많이 결합해서 하고 있고. 또 재벌 기업 이런 건 그래도 상당히 어려운 분야인데 김종보 변호사님이 끝까지 버티면서 지금 해주고 있어서, 김종보 변호사가 또 후배들을 잘 키워내지 않을까 기대를 하고 있어요.”

“제가 사람 욕심이 많아서 새롭게 열심히 하려는 변호사가 있다는 이야기를 들으면 바로 달려가서 같이 보고 그런 성격의 스타일입니다. 새로운 사람을 만나서 새로운 일을 개척하고 함께 일하고 이런 것을 좋아합니다. 나는 안 하고 자꾸 시키기만 한다고 그러면 그건 ‘갑질’밖에 안 되기 때문에 항상 그런 건 신경을 쓰죠. 내가 어떤 제안을 하면 나도 함께 한다는 생각으로 일을 분담하고 나도 한 사람 분 이상의 일을 하려고 항상 신경 씁니다. 새로운 사람이 힘들어하면 발제문이라도 대신 써 주고, 본인이 기자회견장에 나오지 못하면 저라도 집회에 참석하려고 합니다. 발제, 기자회견 등을 해야 한다는 각오를 하면서, 동시에 그렇지만 내가 보충적으로 해야 된다, 이런 생각도 계속해서 합니다.”

“나이가 들면서 그 자리가 내가 낄 자리인가 아닌가 생각합니다. 어느 정도 나이가 들었는데 그걸 인식을 못하고 새벽까지 술 먹는데 쫓아다니고 그러면 오히려 후배들에게 부담이 되겠죠. 그리고 모임에서 본인이 앞장서서 쉰 주장 해버리면 후배들이 그 모임에 나오기가 어려워지잖아요. 그런 배려들이 좀 있어야 되는데 가끔 그런 눈치 없는 친구들이 있어서 그 선배 때문에 어렵고 힘들다는 말을 들으면 안타까운 것 같아요. 물론 나

도 한계가 있고 그럴 수 있으니 그렇게 되지 않으려고 상당히 노력을 하죠. 동시에 가능하면 뒤에 앉아 있는 것보다 마지막까지 현장에서 뛰어보자는 생각을 하고 있습니다.”

민변 조직에 대한 애정과 사랑도 잊지 않고 표현하신다. 그리고 변화된 상황 속에서 민변의 새로운 모습도 말씀하신다.

“개별 변호사들의 개성들이 다 강해져 있고 큰 대의를 위해서 나를 희생, 헌신하거나 대의를 위해서 내 뜻을 조금 굽혀야 된다, 이런 것들은 굉장히 약해진 것 같아요. 사람이 변했는데 조직이 변하지 않을 수 없겠죠. 그런 걸 감안하면서 조직이 운영되어야 한다고 봐요. 변화된 분위기 속에서 민변의 중심을 잘 잡고 그것을 유지하려는 노력이 필요할 것입니다. 적어도 서너 명 이상의 상근 변호사들이 의견도 빨리빨리 모아내고 논평도 발표하고, 새로운 사업도 계획해내는 것들을 해주면 거기에 비상근이지만 상당히 중심적인 역할을 하실 분들이 민변의 집행부를 이루어 각 위원회들과 연계하며, 조금 느슨하게 운영되지만 중심이 바로 서 있는 조직으로 가야 되지 않을까 생각합니다.”

“민변 조직의 특색이 10% 정도 되는 활동가형 변호사들이 앞에서 앞장서서 운동들을 끌고 나가고, 많은 분들은 후원적 성격으로 회비를 내주는데 중점을 두는 방식인데 앞에서 이끌어 가시는 분들이 뒤에서 후원을 해주시고 지지해 주시는 분들도 소외시켜서는 안 될 것입니다. 너무 무리하거나 강한 주장, 사회적으로도 지지를 받기 어려운 그런 운동들을 하지 않으면서 당사자들을 잘 배려하기도 하는, 그런 활동이 필요할 것입니다. 또한 민변을 그냥 자기의 동지처럼 생각하고 정체성의 주체 정도로만 생

각해서는 안 되고 새로운 활동이나 운동을 개척하려고 노력해야 하지 않나 그런 생각을 합니다. 변호사 역시 한 명의 시민운동가 또는 노동운동가가 되려는 노력이 필요하지 않을까라는 생각이 들고 그런 점에서는 과감하게 민변 밖에 나와서도 여러 가지 활동을 해보야 된다고 생각해요.”

변호사님께 십수 년간 사회개혁 운동을 계속할 수 있었던 동력이 무엇인지, 그리고 변호사님의 사회개혁 운동의 평가 및 한계, 그리고 앞으로의 사회개혁 운동에 대해서 여쭙보았다.

“우리 사회 역시 여기저기서 다양한 운동을 하는데, 그런 것들을 다 끌고 가기가 참 어려워지는 상황인 것 같아요. 다른 나라 같은 경우는 그와 같은 요구들이 정당으로 집중되는 게 있는데 우리 정당이 워낙 일반 국민들과 소통하는 정당이거나 새로운 운동을 개척하는 정당이 아니다 보니깐 정당에게 이와 같은 것을 기대하긴 힘들 것으로 보입니다. 정당이 우리 사회의 개혁 운동을 끌고 나가야 하다는 것에는 동의하기 어렵지만, 정당이든 어디든 언젠가는 그런 힘들을 잘 모아내는 그런 과정이 한 번은 있어야 될 것 같습니다.”

“제가 다른 사람들에게 운동을 하도록 많이 독려했고, 나 때문에 운동을 시작해서 고생했다는 사람들도 많이 있어 나도 그들의 인생을 어느 정도 같이 책임져야겠다는 것이 운동의 동력이었던 것 같습니다. 동료들에 대한 책임감 그리고 우리 세대가 뭔가 책임 있게 소명의식을 가지고 우리 사회가 한걸음 발전하는데 역할을 해야 하지 않았나, 그런 생각을 합니다. 대체로 우리 세대가 사회 개혁을 제대로 못해냈다. 실패했다라고 평가될 가능성이 많지 않을까라는 생각이 들어 아쉽습니다. 정치권으로 진

출해서 우리가 원하는 사회 개혁을 한다는 생각이 많이 부족했던 것 같아요. 우리가 밑에서 사회 개혁을 잘하면 정치권은 그것을 받아서 어느 정도 해낼 것이라는 막연한 생각이 있었던 것 같습니다. 정치권으로 진출하는 사람들이 사회 개혁에 대한 이해와 의지, 그리고 비전을 만들고 이런 것들이 굉장히 부족했던 것 같습니다. 시민사회운동을 하는 사람들도 한계가 보인다면 어떻게 하든지 좀 극복해내려는 노력이 있었어야 하는데, 그런 것과는 무관하게 그냥 우리는 사회적 운동을 열심히 잘 하면 되는 거 아닌가라고 생각했던 것들이 결국은 사회를 바꿔내지 못했던 것 같습니다. 정치력, 행정력 이런 것들을 우리가 좀 소홀히 했던 게 아닌가 생각이 들고 그런 점에서 많은 한계를 보였던 것 같습니다. 정치권으로 진출한 우리 세대의 사람들은 제가 보기에는 조만간 정리의 대상이 될 수밖에 없을 것 같은데, 우리 세대가 정치계로 진출한 사람들이 전부가 아니었고 오히려 주력들은 노동 운동이나 시민운동, 그리고 전문가 운동이나 이런 데 다 포진하면서 여전히 활동하고 있다고 말씀드릴 수 있을 것 같습니다. 그들이 역할을 잘 해내야 하지 않을까라고 생각합니다.”

먼 미래의 일 같지만, 변호사님은 은퇴를 하게 되시면 역사 여행 가이드가 되고 싶어 하신다. 민생위 서유럽 민생기행, 참여연대 민생탐방 미국 여행 등 후배 변호사, 활동가들과 전투적인 일정으로 해외 탐방을 계획하셨던 변호사님의 모습이 떠오른다.

“학교 다닐 때도 역사 공부에 관심이 많았어요. 국사, 세계사를 잘 했었는데, 역사를 공부하다 보면 역사가 쪽 가다보면 그냥 푹 끊겨버린 경우가 많은 것 같아요. 대부분 역사를 중국사하고 유럽사를 중심으로 하다 보니까, 터키 같으면 이게 일부 나오다 없어져 버리고 그리스 하다가 없

어졌는데 그런 게 나중에 어떻게 되었는지가 궁금하더라고요. 조각조각만 있는 각 나라별 역사를 한번 쪽 이어서 공부해 보고 싶네요. 프랑스사, 독일사 이런 식으로 책으로 보고 또 책으로만 보면 의미가 없으니 현장을 돌아다니면서 생생한 역사의 현장들을 느껴보고 싶습니다. 가이드라기보다는 같이 갈 사람들이 있으면 같이 가서 그런 역사 여행 같은 것을 좀 했으면 좋겠다는 생각을 가지고 있어요.”

변호사님과 함께 가는 여행은 어딘가 ‘뽕셀’ 것 같긴 하지만 최고의 가이드가 아닐까 라는 생각도 해본다. 은퇴, 여행 이야기를 하실 때 인터뷰 후 처음으로 얼굴에 미소가 도신다. 변호사님도 지금 하시는 일보다 변호사님을 더 설레게 하는 일이 있다는 것이 놀랍기도 하고 죄송스럽기도 하다.

배우자분에 대한 질문은 부끄러워하시며 대답을 하지 않으신다. 인터뷰이가 침묵할 때 인터뷰어가 강제할 수 있는 방안이 없는 것이 아쉽다. 고시 공부를 위해 신림동에 들어오시고 무엇이 그리 급하셨는지, 놓치고 싶지 않으셨는지 사법고시 1차를 합격하고 결혼을 하시고 연이어 사법고시 2차에 합격하신다. 인천에서 돌아오실 때 돌려받은 전세보증금 260만원을 전 재산으로 하여 어렵게 공부하던 청년을 선택하신 배우자분이 대단하다. 필자는 변호사님에 대한 인터뷰 전 민변의 변호사님들로부터 용에 대한 질문을 받았다. 그 중 패션이 깔끔하고 멋진데 배우자분의 센스인지 물어봐 줄 것을 요청하시는 변호사님도 계셨다. 민변에서 활동하는 변호사님들 대부분이 배우자와 가정에 미안한 마음을 가지고 있듯이, 변호사님도 아이들과 집안일을 도맡아 하시는 흔쾌하진 않지만 계속해서 지지해 주시는 배우자분께 미안한 마음을 표현하셨다.

스타벅스 애호가라는 것은 널리 알려진 사실이다. 스타벅스에서 배우자분의 센스로 ‘커피홀릭’이라는 닉네임으로 불리신다.

“항상 피로에 절어 사는데, 커피를 딱 마시면 이게 뭔가 피로가 극복이 되더라고. 힘들어도 진한 커피 한 잔 먹으면 12시까지도 항상 일할 수 있고. 그래서 커피 그 중에도 스타벅스 커피 이런 거 약간 중독이 좀 됐어요. 스타벅스에서 ‘커피 홀릭님’ 이렇게 불릴 때 처음에는 무슨 이야기인지 잘 몰랐는데, 사람들이 웃더라고요. 갑자기 왜 웃지 이렇게 생각했는데, 나중에 보니까 홀릭이라는 게 중독이었던다고요.”

남들보다 한발, 두발 먼저 고민하고 행동하는 삶은 힘들고 외롭다. 이해하지 못하는 사람들을 설득해야 하고 때때로 그들로부터 매우 공격적인 반응을 경험하기도 한다. 시민단체의 갑질이라는 비판, 그리고 민주진보 진영 내부의 갈등과 분열로 양측으로부터 “다른 뜻이 있어서 그런 것 아니냐”, “왜 민주당하고 그런 운동을 같이 하려고 하느냐”라는 말을 들으시고 한편으로는 “민주당 특정 세력에 이익이 되는 방향으로 행동하는 것 아니냐”는 비판들이 변호사님을 힘들고 외로움을 느끼게 만든다고 하셨다.

“밖에서 세계 주장하고 비판만 세계 하면 세상이 다 바뀔 것이라고 생각을 하지만 어디 세상이 그런가요. 가서 설득해야 하고 그들이 왜 주저하는지에 대한 이해도 있어야 하구요. 양쪽 의견을 잘 조율해서 가야 되잖아요. 힘들죠. 그런 건 모르겠고 아무튼 나는 내가 하고 싶은 것만 하겠습시다. 그런 분들도 참 많아요. 그런 사람들을 보면 벽이 쳐 있는 것과 같은 느낌을 받기도 합니다.”

변호사님이 하나의 법안을 제정할 수 있으면 무엇을 하고 싶으신지 여쭙는다. 오랜 시간 고민하지 않으시고 답하신다. 현재 문제가 되고 있는 여러 가지 사안 중, 해당 문제가 앞으로 더 큰 문제점을 만들 수 있는 분야를 직관적으로 답하신 것 같다.

“우리 경제가 플랫폼 경제로 급속하게 전환이 되고 있는 것 같아요. 자영업자들은 대부분 플랫폼과 연계해서 영업을 할 수밖에 없는 상황이고 그렇게 하시는 분들 중 약 80%는 매출의 50% 이상을 플랫폼에 의존한다고 되어 있는데 그 정도는 더 높아지는 것 같아요. 플랫폼의 또 특색 중에 하나는 독과점화된다는 것이예요. 우리나라만 보더라도 네이버와 다음의 차이도 엄청나고, 그 뒤에 3위는 없잖아요. 플랫폼 경제는 대세고, 다른 나라하고 경쟁을 해야 되니까 자국 플랫폼 기업들을 육성해야 되는 것도 맞는 말이죠. 우리가 미국 외에는 자국의 플랫폼 기업들을 잘 육성한 그런 나라이기도 해요. 이와 같은 혁신 기업들을 육성해야 한다는 것을 반대하는 건 아닌데 다만 그 과정 속에서 그 경제에 의존해서 살아가는 수십만, 수백만의 사람들이 생겨나는데 그 사람들의 생존권을 보장하기 위한 독과점 불공정 행위들을 견제하는 활동들을 우리가 해나가야 해요. 최근 이와 같은 활동에 주력을 했는데, 문제인 정부가 혁신성장을 말하면서 이런 플랫폼 기업들을 자신들이 육성하는 혁신기업 이런 관점으로만 바라보지 말고, 동시에 플랫폼 내에 불공정이나 독과점 문제는 어떤 지도 살펴봐야 할 것입니다. 차기 정부 내에서는 이런 플랫폼 경제에서의 독과점 및 불공정행위 문제들을 해결하는 그런 운동이 우리에게 중요하게 다가오지 않을까 해요. 이런 문제는 작은 단발성의 문제가 아니라 장기간에 걸쳐서 우리 사회에 미칠 영향이고 그거에 대한 대응이 필요한 상황이라고 생각합니다.”

“그리고 부동산 문제도 지적하지 않을 수 없겠죠. 지금 집값이 많이 올라가고 버블이 많이 생겼다고 봐요. 버블이 생길 때뿐만 아니라 꺼질 때 또 문제가 생긴단 말이에요. 부동산과 관련된 운동, 특히 2030 젊은 세대가 많이 좌절하고 있으니까 그들의 편에 서서 질 좋은 공공임대주택도 많이 공급하고, 민간 임대차를 안정화시키기 위한 임대차법 개정 운동도 계속해서 진행하고, 내 집을 마련하고 싶어 하는 사람들에게는 저렴한 주택들이 공급되도록 하는 그런 입법 운동, 정책 운동 이런 것들이 우리에게 중요한 현안이 되지 않을까 생각이 들어요.”

변호사님께 마지막 질문을 드리며 인터뷰를 마무리 한다. “변호사님이 꿈꾸는 이상적인 사회란 어떤 사회일까요?”

“개혁의 기본적인 방식은 사회적인 목소리를 내야 하는 주체들을 단결시키고, 그들을 대중화 시키고 주체화 시키고, 그들이 목소리를 내도록 지원하고, 우리 변호사들은 그들이 할 수 없는 전문적인 법을 정비하고 소송들을 지원할 수 있겠지요. 완성된 개혁된 세상이 온다는 것은 없을 것이고, 그런 삶을 위해서 꾸준히 노력하고, 그런 것들이 사회적으로 격려되고 허용되며 고무되는 사회. 그런 모습이 이상적인 사회이지 않을까 해요“

아직까지 민생운동 일선에서 모든 쟁점을 대응하고 계신 변호사님이 존경스럽고 죄송하다. 하지만, 우리는 여전히 김남근 변호사님이 필요하니 조금만(?) 더 힘내주실 것을 요청드린다.

## 집중분석

1. ‘유엔사 재활성화’에 관한 법적 쟁점 검토 | 신의철

2. 대한민국 교육개혁의 본질적 대안,

교육권 보장을 위한 ‘고교졸업자격시험’ | 박은선

3. 타투시술에 관한 대법원의 판결 및 헌법재판소 결정의 문제점과

비의료인 타투시술 합법화의 필요성 | 광예람

집중분석 1
<h2 style="margin: 0;">‘유엔사 재할성화’에 관한 법적 쟁점 검토</h2> <p style="margin: 0;">- 국제법 및 대한민국 헌법 위반 여부를 중심으로<sup>1</sup></p>
신의철

### 1. 들어가며 왜 지금 유엔사 재할성화에 주목하는가?

최근 몇 년간 유엔군사령부에 대한 언론 보도 횟수가 눈에 띄게 증가하였다. 남북관계에 대한 기대가 최고조에 달했던 2018년 여름, 유엔군사령부가 남북철도 시범운행을 위한 우리 정부의 군사분계선(MDL) 통과 신청을 이례적으로 불허했다는 보도 역시 그중 하나인데, 당시 불허의 이유는 통일부가 제출한 서류가 미비했다는 것이었다. 무산 직후 천해성 통일부 차관이 빈센트 브룩스 유엔군사령관<sup>2</sup>을 긴급히 면담까지 했다고 하는

<sup>1</sup> 이 글은 필자가 <민주사회를 위한 변호사모임 미군문제연구위원회>에서 주최하고 <프리드리히 에버트 재단 한국사무소>에서 후원한 토론회(2021. 9. 17.) “한반도에서 유엔사의 과거와 현재, 미래 - 유엔사의 재할성화에 대한 규범적 검토”에서 발표하였던 논문임. 현재 <프리드리히 에버트 재단 본부 디지털 라이브러리> 및 <동 재단 한국사무소 홈페이지>에 이 글의 한글, 영문 요약본이 게재되어 있으며, 위 재단의 동의하에 이번 호 「민주사회를 위한 변론」에 같은 내용을 전재함.

<sup>2</sup> 주지하는 바와 같이 주한미군사령관이 유엔군사령관을 겸직하므로, 이하 본 장에서 직위는 모두 ‘유엔군사령관’으로 통일하여 표기하였다.

데, 불허 결정을 바꾸지는 못했다.<sup>3,4</sup>

이러한 과정에서 유엔사가 비무장지대(DMZ) 관리 권한을 남용하여 남북간 화해노력에 어긋장을 놓고 있다는 비판이 제기되면서 정전협정 관리 권한을 한국이 가져와야 한다는 주장이 대두되는 등 유엔사에 대한 여론이 악화되었다. 또한 미국이 2014년부터 추진하여 온 ‘유엔사 재활성화(UNC Revitalization)’의 실체가 드러나면서, 미국이 한미간 전시작전권 전환 이후를 대비하여 유엔사를 전투사령부로 복귀시키는 방향으로 한반도 내 영향력을 유지하려는 것이 아닌가 하는 의혹 또한 제기되었다. 가령 2019년 9월 16일자 <한겨레> 기사는, 미국이 평시 정전협정 준수 여부를 관리하는 유엔사의 임무를 전반적인 한반도 위기 관리로 확장하려고 하고, 이에 대해 유사시 북한의 군사행동을 정전협정 위반으로 간주하거나 확산 방지 차원에서 유엔사가 미래연합사에 군사 대응을 지시할 수도 있다는 분석이 있으며, 이렇게 되면 한국이 되찾아온 작전통제권 행사를 마음대로 못하게 될 수 있다고 보도하였다.<sup>5</sup> 이러한 비판을 의식한 듯 유엔사는 “비무장지대 내 안전하지 않은 지역에 대한 출입 신청이나, 필요한 정보나 서류가 갖추어지지 않았을 경우에만 출입을 불허”했을 뿐이며,

2018년 이후 93% 이상 승인했다고 밝혔다.<sup>6</sup> 또한 2020년에는 우리 환경부의 비무장지대 내 아프리카돼지열병 관련 조사를 허가했다는 사실을 홍보하기도 하였다.<sup>7</sup>

이 글이 유엔사 재활성화에 주목하는 이유는 첫째, 유엔사가 남북화해를 위한 노력에 걸림돌로 작용할 수 있음을 경험하였고, 둘째, 그러한 배경에는 미국이 추진해 온 유엔사 재활성화라는 프로젝트가 있다고 여겨지며, 셋째, 심지어 이러한 프로젝트가 우리 국민의 의사와 무관하게 추진되어왔고 지금도 추진되고 있다고 보기 때문이다. 이하에서는 ① 역대 유엔군사령관들의 발언 및 관련 언론 보도 등을 통해 유엔사 재활성화가 무엇이고, 우리가 모르는 사이 실제 얼마나 추진되었는지를 먼저 살펴본 후, ② 유엔사 재활성화라는 이름하에 미국이 추진하고 있는 일련의 행위들이 과연 법적 근거가 있는 것인지, 국제법 및 대한민국 헌법에 저촉될 소지는 없는지 검토해 본다.

## 2. 유엔사 재활성화의 내용 및 특징

– 유엔사 재활성화란 무엇이고, 왜 추진되었으며, 현재 얼마나 추진되었는가?

### (1) 개요

우선, 유엔사는 유엔사 재활성화에 대해 다음과 같이 설명하고 있다.

“유엔사는 한미연합사 설립으로 인해 쇠퇴한 이후 성장, 목적적합성, 변화의 시기를 겪었다. 2000년대 초반에는 남북간 교통로 설치 및 북서부 섬 부근 한국군의 실탄 사격훈련 시행으로 인해 정전유지 활동이 활발해

3 한 정부 소식통은 “통일부는 최근에도 금강산 이산가족 상봉, 평양 유소년 축구 경기 등 대규모 육로 방북 행사를 치르는 등 MDL 통과 업무에 이골이 난 부처”라며 “서류 미비와 같은 실수를 저질렀을 가능성은 희박하다.”고 밝히기도 했다. 조선일보, 2018.8.31. “美주도 유엔사, ‘남북철도 시범운행’ 이례적 訪北 불허” [https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2018/08/31/2018083100348.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2018/08/31/2018083100348.html)

4 2019년 6월에도 우리 정부가 제9차 한·독 통일자문위원회에 참가한 독일 정부 대표단을 위해 강원 고성 비무장지대 내 감시초소(GP)를 방문하는 입장을 마련했지만, 유엔사가 방문을 위한 출입을 승인하지 않아 행사가 불발됐다. 당시에도 정경두 국방장관이 로버트 에이브럼스(Robert B. Abrams) 유엔군사령관에게 협조 요청까지 했지만 받아들여지지 않았다. 같은 해 8월에는 김연철 당시 통일부 장관이 비무장지대 내 유일한 민간인 거주지인 대성동 마을을 방문하려 했지만, 역시 유엔사가 동행 취재진의 방문을 불허하면서 결국 방문이 좌절되기도 하였다. 뉴시스, 2019.12.17. “유엔사 ‘DMZ 출입허가권’ 남용 논란…“韓 정부와 시민 주권 침해” [https://newsis.com/view/?id=NISX20191217\\_0000863102&cID=10301&pID=10300](https://newsis.com/view/?id=NISX20191217_0000863102&cID=10301&pID=10300)

5 <한겨레>, 2019.9.16. “미국의 유엔사 강화, 한국 전작권 행사 무력화 불씨 되나” <https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/909619.html>

6 <한겨레>, 2019.10.23. “유엔사, ‘비군사적 목적 DMZ 출입 불허’ 논란에 ‘93% 승인” <https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/914264.html>

7 <뉴시스>, 2020.2.7. “달라진 유엔사…남북관계 어긋장 비판에 이미지 개선 시도” [https://newsis.com/view/?id=NISX20200207\\_0000911847&cID=10301&pID=10300](https://newsis.com/view/?id=NISX20200207_0000911847&cID=10301&pID=10300)

졌다. 정전유지 활동의 증가는 유엔사에 대한 국제적인 관심을 다시 불러 일으켰고, 그 결과 1998년과 2003년 사이에 7개국이 다시 사령부에 합류했다. 유엔사의 ‘숨겨진 잠재력(untapped potential)’을 포착한 유엔군사령관은 2015년 유엔사 재활성화를 사령부의 공식 목표로 발표하면서 국제 기여를 위한 모멘텀을 가동했다. 2018년 캐나다가 최초로 비미국인 장성을 유엔사에 배치했고, 2019년 호주가 그 뒤를 이어 현재에 이르고 있다. 2018년 유엔사 본부가 서울에서 평택으로 이전한 직후, 유엔사 재활성화는 일단락되었다.<sup>8</sup> 이러한 전환에도 불구하고 사령부는 한반도 안보환경의 역동적인 과제를 해결하기 위해 계속해서 진화하고 있다. 이러한 도전은 고조된 긴장 속에서 국제적 결의를 보여주고 군사대비태세를 유지하는 것에서부터 남북외교를 위한 공간을 만드는 것까지 다양하다.<sup>9</sup>

한편, 언론들은 유엔사 재활성화를 보도하면서, 이는 미국이 전작권 전환 등으로 한국군에 대한 영향력이 낮아지는 상황에 대비하여 유엔사를 통해 계속 영향력을 행사하고자 하는 노력의 일환이라고 분석했다.

8 스키퍼로티 전 사령관이 추진한 계획 자체는 2018년에 일단락되었을지 모르나, 유엔사는 그 이후에도 여전히 계속하여 ‘재활성화’된 상태이며, 이러한 점은 웨인 에어 유엔군 부사령관이 2019년 2월에 가진 〈조선일보〉와의 인터뷰에서도 향후 “유엔사 근무요원을 2배 이상 늘릴 것”이라고 한 점에도 잘 드러난다. 즉, 유엔사는 이미 ‘재활성화된 상태’이기도 하지만, 계속하여 여전히 ‘재활성화되고 있는 중’이기도 한 것이다. 〈조선일보〉, 2019.2.8, “한반도 종전선언해도 유엔사 유지… 근무요원 2배 이상 늘릴 것” [https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2019/02/08/2019020800321.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/02/08/2019020800321.html)

9 “UNC experienced a period of growth, relevance, and change, following its decline after the establishment of CFC. In the early 2000s, Armistice maintenance activities grew with the establishment of Transportation Corridors and South Korean military live fire exercises near the Northwest Islands. The increase in Armistice maintenance requirements contributed to renewed international interest in UNC, resulting in seven nations rejoining the command between 1998 and 2003. Recognizing UNC’s “untapped potential”, the UNC Commander announced UNC revitalization as an official command effort in 2015, driving the momentum for more international contributions. In 2018, Canada assigned the first non-American General Officer to serve in UNC, and Australia continued this trend in 2019 until present. Shortly after the relocation of UNC Headquarters from Seoul to Pyeongtaek in 2018, UNC revitalization ended. Despite this transition, the command continues to evolve to meet the dynamic challenges of the security environment on the Korean Peninsula. These challenges range from demonstrating international resolve and maintaining military readiness during heightened tensions to creating space for inter-Korean diplomacy.” Official Website for the United Nations Command, United Nations Command > History > Post-1953: Evolution of UNC (2021.6.2.) (번역 필자), <https://www.unc.mil/History/Post-1953-Evolution-of-UNC/>

2019년 1월 14일자 〈아사히신문〉 보도에 따르면, 미국은 주한미군 인사 중 유엔사 요원을 겸직하는 경우를 줄이는 한편 유엔군사령부 내에 한국과 미국을 제외한 유엔군 참가 15개국의 요원을 늘리고 있다고 한다. 구체적으로는 미국이 2018년 여름 미 제7공군사령관이 겸하고 있던 유엔군 부사령관 자리를 캐나다군의 중장에게 양보했으며 부사관급에서도 미군이 맡았던 자리를 영국·호주·캐나다군에 넘겨주는 일이 잇따르고 있으며, 한반도 평화협정 체결 움직임이 진행되며 한반도 전시작전통제권 등을 둘러싸고 미군의 영향력 저하가 우려되는 상황에서 미국이 유엔사에 힘을 실어줘 자국의 ‘아군’을 늘리려는 의도가 있다고 기사는 분석했다.<sup>10</sup>

2019년 7월 11일자 〈연합뉴스〉 보도 역시 미국이 한반도 유사시 유엔사에 ‘유엔 전력’을 제공할 국가로 일본과 독일 등의 참여를 희망하는 것은 표면적으로는 유엔사 역할 확대과정에서 비롯되었다고 하면서, 유엔사 스스로가 앞으로의 역할과 관련하여 “다국적군 통합체제 기반 구축”이라고 설명하고 있는 데서 보듯, 여러 나라가 모인 다국적 통합군체제를 갖 추겠다는 의지를 분명히 한 것이라고 설명했다.<sup>11</sup>

2019년 9월 16일자 〈한겨레〉 기사에 따르면, 최근 미국이 평시 정전협정 준수 여부를 관리하는 유엔사의 임무를 전반적인 한반도 위기 관리로 확장하려고 하고 있고, 이에 대해 유사시 북한의 군사행동을 정전협정 위반으로 간주하거나 확산 방지 차원에서 유엔사가 미래연합사에 군사 대응을 지시할 수도 있다는 분석도 있으며, 이렇게 되면 한국이 되찾아온 작전통제권 행사를 마음대로 못하게 될 수 있다고 설명했다. 기사는 전작권 전환 이후 미국이 유엔사를 통해 한국군을 통제할 것이라고 보는 이들

10 〈연합뉴스〉, 2019.1.14, “日언론 ‘美, 주한미군 약화 우려해 유엔사 기능 강화’ 해석” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190114100800073?input=1195m>

11 〈연합뉴스〉, 2019.7.11, “美, 유엔사日참여 추진…中견제·역할분담 목적 포석 주목” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190710160500504?input=1195m>



은 2014년부터 진행 중인 미국의 유엔사 재활성화(강화) 움직임을 주목하고 있다고 하면서, 2018년 7월 이후 미군이 맡아오던 유엔사 부사령관을 캐나다와 호주 출신 3성 장군이 맡고 있는 점 외에 유엔사 참모 조직 강화 등으로 30~40명 수준이던 유엔사 근무자가 2~3배 늘어난 점, 주한미군 참모장이 겸직하던 2018년 8월 마크 질레트 미 육군 소장이 별도의 유엔사 참모장에 취임한 점 등을 거론했다. 이에 따라, 1978년 한미연합사 창설 이후 사라진 유엔사의 작전기능을 살리고, 다국적 군사기구로 강화하는 등 유엔사의 독자적 역할이 강화되고 있으며, 유엔사가 독자적인 작전 능력까지 확보하면 국군의 전작권 행사에 영향력을 미칠 것이라는 예상도 나온다고 기사는 보도했다.<sup>12</sup>

또한, 주한미군에서 전략, 정책 및 계획 담당 차장으로 근무하는 쉰 크리머<sup>13</sup>(Shawn P. Creamer) 미 대령은 “유엔사와 전력 제공국들(The United Nations Command and the Sending States)” 논문에서 유엔사 재활성화 추진 과정과 내용을 다음과 같이 설명했다.

“2014년부터 미국 지도자들은 유엔 본부 참모 증원을 위한 보다 공식적인 다국적 인력 배치 계획을 추진하기로 결정”했으며, “2015년 스카파르티 유엔군사령관은 유엔사를 ‘재활성’하기 위한 의도적인 노력을 시작하였고, 그 후 몇 년 동안 유엔군사령관의 주요 참모들이 유엔사 본부 업무를 수행하는 데 점점 더 많이 이용”되었다고 한다. “캐나다도 또한 유엔사에 파견된 장교들의 수를 6명에서 15명으로 늘릴 것이라고 발표했다”고

한다.<sup>14</sup>

아울러, 쉰 크리머는 재활성화에 대한 한국의 반응(South Korean Reactions to Revitalization)을 미온적이라고 보았는데, “재활성화에 대한 한국의 미온적 대응은 국가 주권에 대한 우려 확산, 사령부의 비효율성에 대한 인식, ‘재활성화’라는 용어의 부정적인 연관성 등이 영향을 미친 것으로 추정할 수 있다.”고 주장하였다.<sup>15</sup> 유엔사는 한국 전쟁 당시 유엔 안보리 결의 제84호에 의해 설치된 16개국 전투 병력에 대한 미국 주도의 통합군사령부로서 전투 기능을 수행했다. 그리고 한국이 정전협정 협상이나 체결에 참여하지 않음으로써, 유엔군사령관이 정전협정의 한 당사자로 권한과 의무를 갖는 구조의 정전협정이 체결되었다. 정전협정 체결 후 15개국의 병력은 철수하였고, 한미상호방위조약에 근거하여 계속 주둔하게 된 미군이 유엔사를 구성하는 유일한 병력으로 남았다. 유엔사는 한국전쟁 당시에는 한국군에 대한 작전통제권을 행사하였으나, 1978년 한미연합사령부의 창설로 인해 이후 정전의 유지와 협정의 관리 업무만을 맡게 되었다. 이에 따라 미국을 제외한 15개국 중 극히 일부가 정전협정의 군사정전위원회 등 정전유지 활동 차원에서 연락장교를 파견하는 수준에서, 극히 소극적으로 참여하였던 것으로 알려져 있다. 그러나 이와는 다른 유엔사의 최근 움직임의 배경을 명확하게 논의하기 위해서는, 우선 전작권 합의 논의가 본격화된 2000년대 이후 유엔사의 활동 방향부터 살펴볼 필요가 있다.

12 <한겨레>, 2019.9.16. “미국의 유엔사 강화, 한국 전작권 행사 무력화 불씨 되나” <https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/909619.html>

13 주한미군에서 9년째 복무하고 있으며, 2020년 9월부터는 주한미군의 전략, 정책 및 계획 담당 차장(Deputy Director for Strategy, Policy and Plans at United States Forces Korea)을 맡고 있다. <https://www.linkedin.com/in/shawn-creamer-10b1178> (2021.7.1.)

14 Colonel Shawn P. Creamer, “The United Nations Command and the Sending States”, International Journal of KOREAN STUDIES, Volume XXI, Number 2, Fall · Winter 2017, pp.18-22. (번역 필자).

15 위의 글, pp.22-23. (번역 필자).

**(2) 추진 경과**

**1) 시작 단계 : 2003년부터 2013년까지**

2003년 1월 당시 미 국방장관인 도널드 럼스펠트(Donald H. Rumsfeld)는 리언 라포트(Leon J. LaPorte) 유엔군사령관에게 유엔사 회원국뿐만 아니라 더 많은 국가가 참여하는 병력제공자(Force Provider)로서의 유엔사 기능을 보강하라고 지시하였다고 한다.<sup>16</sup> 2005년 3월 라포트 유엔군사령관은 미 상원 군사위 청문회에서 “유엔사를 구성하는 참전국들의 역할을 확대하고 유엔사 본부에 더 많은 인원이 참가하기를 희망한다.”고 말했으며,<sup>17</sup> 준비서면을 통해 “유엔사는 올해 한미연합연습 참가 규모를 확대하는 방안을 추진 중이다.”라고도 밝혔다.<sup>18</sup>

이후 버웰 벨(Burwell B. Bell) 유엔군사령관 또한 2006년 3월 미국 상원 군사위 국방예산 심의 청문회에서 “유엔군사령부를 항구적인 다국적군(coalition)으로 발전시켜 나갈 것”이라고 밝혔다.<sup>19</sup> 또한 벨 사령관은 2007년 1월 18일 외신기자클럽 초청연설에서 “한미연합사의 해체와 한국군으로의 작전통제권 전환은 유엔사의 군사권한과 책임에 부조화를 초래할 것”이라고 지적하면서, 이로 인해 “연합사 해체 때 유엔군사령관은 (현재) 한미연합사령관이 보유하고 있는 비무장지대와 다른 지역에 배치된 한국 전투부대에 대한 즉각적인 접근권한이 없어지게 된다.”라며 “연합사가 해체되면 조직을 정비해 정전에서 전시로 전환될 때 유엔사 지휘관계에서

<sup>16</sup> 정경영(2007), “유엔사의 미래역할과 한국군과의 관계정립 방안”, 2007년도 국회 국방위원회 정책연구용역과제 연구보고서, 19-20쪽.  
<sup>17</sup> <매일경제>, 2005.4.9. “북, 유엔사 강화 움직임 경계” <https://www.mk.co.kr/news/home/view/2005/04/129934/>  
<sup>18</sup> Leon J. LaPorte, “Prepared Statement by GEN. Leon J. LaPorte, USA Hearings before the U.S. Senate Committee on Armed Services: Unified and Regional Commanders on Their Military Strategy and Operational Requirements”, March 8, 2005, pp.12-13. (번역 필자).  
<sup>19</sup> <한겨레>, 2006.3.8. “유엔사·전시작전권…미국의 속내는?” <https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/107259.html>

하나의 통합이 필요하다.”고 말하였다. 벨 사령관은 “(일본 내) 유엔기지 사용 불가 때 다국적군의 전력을 들여올 수 없다.”라며 “유엔사를 통한 이런 메커니즘을 유지하는 것이 중요하다.”고 하면서, “유엔군사령관은 모든 유엔 지원 전력에 대한 작전 지휘권을 보유할 것”이라고 덧붙였다.<sup>20</sup>

위 발언을 통해 알 수 있는 것은 한미연합사가 해체되고 한미간 전시작전통제권 전환이 예정된 조건에서, 유엔사의 위상을 향후 어떻게 가져갈 것인지에 대해 미국은 이미 2007년 이전부터 심사숙고하고 있었다는 점이다. 즉, 유엔사 산하에 독자적 전투부대가 없는 조건에서 한미연합사를 통해 보유하고 있던 한국군에 대한 전시작전통제권마저 반환하게 될 경우 이후 유엔사가 기본적인 정전협정 유지기능조차 수행할 수 없게 되는 상황을 미국은 우려하고 있었던 것으로 보인다. 이에 따라 향후 한반도 유사시 미국의 군사적 주도권을 어떤 지휘체계를 통해 확보할 것인가, 당장 유엔사가 지휘할 수 있는 산하 부대를 어디서 어떻게 구축할 것인가, 이 과정에서 한국군과의 관계를 어떻게 설정할 것인가 등의 현안들을 고심하는 과정에서 유엔사 재활성화라는 프로젝트가 제기된 것으로 추정된다.

**2) 본격화 단계 : 2014년 이후**

유엔사에 따르면, 유엔군사령관이 유엔사 재활성화를 사령부의 공식 목표로 삼은 것은 2015년이다. 당시 유엔군사령관이었던 스캐퍼로티(Curtis M. Scaparrotti)는 2016년 미 상원 군사위원회에 “지난해, 우리는 유엔군사령부의 17개 전력제공국들의 일상적인 작전 참여를 더욱 강화하기 위해 노력했다.”고 밝힌 후, “호주의 고위 장교 한 명이 유엔사에 대한 전력제공국들의 참여를 개선하기 위해 지속적으로 앞장서서 노력하고 있다. 유

<sup>20</sup> <한겨레>, 2007.1.18. “유엔사 전쟁지원조직 기능은 존속 필요” <https://www.hani.co.kr/arti/politics/diplomacy/185112.html>

엔사 전력제공국의 대표들이 우리의 훈련에 참가하고, 함께 훈련하며, 사령부의 고위 지도부와 매월 만나며, 최고 수준의 장교들을 사령부에서 일하도록 배치한다. 2015년 을지프리덤가디언 훈련기간 동안, 사령부는 7개 유엔사 전력제공국들(호주, 영국, 캐나다, 뉴질랜드, 콜롬비아, 덴마크, 프랑스)의 89명의 참가자들에게 진심으로 감사를 표했다.”고 보고하였다.<sup>21</sup>

또한, 2014년 7월 28일, 스캐퍼로티 유엔군사령관은 미 국방부 장관에게 보낸 ‘유엔사 재활성화(Revitalizing the United Nations Command)’라는 제목의 서신을 통해, 유엔사는 “숨겨진 잠재력(untapped potential)을 갖고 있다.”면서 “한국은 유엔사를 주로 정전유지기능에 초점을 맞추고 있지만, 안보에 대한 다국적인 기여를 모색할 의향이 있다.”고 평가하였다. 나아가 “재활성화된 유엔사는 한반도의 안정과 안보를 위한 다국적 기구로서의 역량을 강화할 것”이며, “유엔사는 정전협정을 계속 유지하면서 침략을 억제하고, 격퇴를 촉진하고, 다국적 비상작전을 통해 위기상황에 효과적으로 대응할 것”이라고 밝혔다.<sup>22</sup>

장광현(2019)의 논문에 따르면, 스캐퍼로티 사령관은 2014년 7월 24일 최윤희 한국 합참의장에게도 서신을 보낸 적이 있다고 한다. 스캐퍼로티 사령관은 이 서신에서 “유엔사의 기능 강화는 유엔사가 정전유지 위주의 기능에서 벗어나 다국적 기구로서의 역량을 확대함으로써, 평시에는 전략적 여건 조성 능력 및 적대행위에 대한 억제력 강화 및 긴장 완화를 촉진하고, 유사시 전력제공국들의 기여를 한반도에 집중시켜 적대행위 혹

은 불안정 상태에 대한 역량을 확장시킬 수 있음”을 강조하면서, 유엔사 재활성화를 위한 논의를 정식으로 제안하였다고 한다. 아울러 “재활성화된 유엔사는 한반도 평화와 안보를 위한 동맹의 다국적 조력자(enabler)로서 지원 역할에 충실할 것이다. 어디까지나 현재의 유엔사 권한범위 내에서 유엔사의 효과를 최적화하는 것일 뿐, 기존의 유엔사 임무나 권한 면에서 일체의 확장은 없을 것이다.”라고 강조하면서, 재활성화와 관련된 어떠한 조치도 한미 계획 및 의사결정에 영향을 미치지 않을 것임을 밝혔다고 한다.<sup>23</sup>

한편, 비미군 출신으로는 최초로 유엔사 부사령관이 된 웨인 에어(Wayne D. Eyre) 중장도 2019년 2월 8일 언론과의 인터뷰를 통해 “유엔사는 확고하고 항구적인 평화 체제가 정착될 때까지 지속적인 지원 역할을 할 것”이라고 밝히면서, “평상시 유엔사 근무 요원을 100명으로 늘리는 방안을 추진 중이며, 지난 5년간 유엔사 참여국들의 키리졸브 등 한·미 연합훈련 참가가 늘었다.”고 하며 “유엔군사령관은 매달 전력제공국 대사단을 초청해 회의를 열고 각종 진행 상황을 공유하고 있다.”고 하였다.<sup>24</sup>

### (3) 유엔사 재활성화의 특징

이처럼 한국이 미군이 가진 한국군에 대한 작전통제권을 환수하려 하자 유엔사를 확대하려는 미국의 움직임이 시작되었고, 2010년 이후 특히 유엔사 재활성화를 통해 유엔사 회원국들이 병력을 파견하여 연합훈련에 참

21 Curtis M. Scaparrotti, “Statement of General Curtis M. Scaparrotti, Commander, United Nations Command; Commander, United States–Republic of Korea Combined Forces Command; and Commander, United States Forces Korea before the Senate Armed Services Committee”, February 23, 2016, p.7. (번역 필자).

22 Curtis M. Scaparrotti, “Revitalizing the United Nations Command(UNC)”, letter to the U.S. Secretary of Defense, July 28, 2014. [장광현(2019), “전시작전통제권 전환에 따른 유엔군사령부 재활성화에 관한 연구”, 아주대학교 박사학위 논문, 243쪽 부록8. (번역 필자)].

23 참고로, 장광현은 위 서신의 영문명인 ‘Revitalizing the United Nations Command’를 ‘유엔사 재활성화’라고 번역하지 않고, ‘유엔사가 지향하는 비전’이라고 번역하였다. 유엔사 기참부장 오웬스(Christopher S. Owens) 해병대 소장이 합참 전략기획부장에게 보낸 서한, 2015.3.23.자 중 [장광현(2019), 위의 글, 96–97쪽에서 재인용].

24 <조선일보>, 2019.2.8. “한반도 종전선언해도 유엔사 유지… 근무요원 2배 이상 늘릴 것” [https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2019/02/08/2019020800321.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/02/08/2019020800321.html)

가하는 등의 활동을 벌였다.<sup>25</sup> 이는 분명 정전유지 활동의 범위를 넘어서는 것이며, 유엔사 차원에서는 정전협정 이후 사실상 최초의 군사활동이라는 점에서 주목할 필요가 있다.

이러한 유엔사 재활성화의 주요 내용을 요약하자면 다음과 같다. ① 유사시 유엔사가 지휘할 군대를 실질적으로 마련한다. ② 이를 위해 한미연합사와 유엔사는 분리하고, 유엔사를 한국 당사와 같은 수준으로, 여러 국가의 군대가 참여하는 다국적군으로 만든다. ③ 유엔사 기능회복의 핵심은 ‘전투지휘기능’의 회복에 있으며, 다국적군의 실(實)병력이 참가하는 연합훈련을 통해 이를 검증하고 강화한다. 이하에서는 이 중 ‘실질적 다국적군화’와 ‘전투지휘기능 회복’ 두 가지에 대하여 집중적으로 살펴본다.

### 1) 실질적 다국적군(coalition)화

유엔사 회원국들의 한미연합연습 참가 또는 참관 관련 주요 언론 보도를 살펴보면 다음과 같다.

우선, <주한미군전략다이어그램>은 “2012년 키리졸브 연습에 23개국의 다국적 대표단이 참가하였으며 2012년 UFG 연습에 60명의 다국적 장교들이 참가하였다(2013년판).”<sup>26</sup>고 하고, “2009년 을지 프리덤 가디언 연습에 총 3개 국가에서 7명이 참석한 반면 2014년 연습에는 총 7개 국가에서

<sup>25</sup> 관련하여, 한미 간 전시작전권 전환 문제 외에 ‘對 중국 견제 의도’ 역시 미국이 유엔사 재활성화를 추진하게 된 배경이라는 주장도 있다. 이는 현재 벌어지고 있는 미·중 패권경쟁을 고려할 때 상당히 설득력 있는 주장이라 생각된다. 유엔사의 기능 강화는 미군이 한국군에 대한 작전 통제권을 행사하던 60년 이상 제기되지 않다가 한국군에 대한 지휘 구조 변화와 맞물려 추진되기 시작하였고, 2015년 유엔사 재활성화 프로젝트가 본격화된 시점과 그 양상 역시 한반도 대북 방어의 성격보다는 미국의 아시아 피벗 정책(Pivot to Asia), 즉 대중국 봉쇄 전략의 일환으로 볼 여지가 다분하기 때문이다. 그러나 지금까지 이러한 의도를 인정한 유엔사 혹은 역대 사령관들의 공식적 언급은 없었고, 모두 언론이나 평론가들의 추론에 불과했던 것도 사실이다. 또한 이 글의 주된 관심은 유엔사 재활성화의 배경을 분석하는 것이 아니라, 그 내용에 대한 법적 타당성을 검토하는 데 있다. 따라서 이에 대해서는 이 글에서는 다루지 않는다. 관련 기사는 <신동아>, 2019.10.26. “美, 유엔사 재활성화 ‘동아시아판 나토’ 만든다” 참조. <https://shindonga.donga.com/3/all/13/1882869/1>

<sup>26</sup> United States Forces Korea, “USFK Strategic Digest 2013”, p.22. (번역 필자).

153명이 참가하여 참가율이 대폭 증가했다(2015년판).”<sup>27</sup>고 설명하고 있다.

또한 언론 보도에 따르면, 2015년 3월 키리졸브 연습에는 유엔사 회원국 중 5개국(호주, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 영국)이,<sup>28</sup> 2016년 8월 UFG 연습에는 9개국(호주, 캐나다, 콜롬비아, 덴마크, 프랑스, 이탈리아, 필리핀, 영국, 뉴질랜드)이,<sup>29</sup> 2017년 3월 키리졸브 연습에는 5개국(영국, 호주, 캐나다, 덴마크, 프랑스)이 각 참가하였고,<sup>30</sup> 2017년 8월 UFG 연습에는 7개국(호주, 캐나다, 콜롬비아, 덴마크, 뉴질랜드, 네덜란드, 영국)이 참관하였다. 그 외에도 2016년 3월 한미 양국 해군과 해병대가 실시하는 연합 상륙훈련인 쌍룡훈련에 호주군 약 130명과 뉴질랜드군 약 60명이 참가하였고,<sup>31</sup> 2017년 6월에는 한·미·캐나다 3국 해군이 제주 인근 해역에서 연합 해상 훈련을 벌였다.<sup>32</sup>

[표 1] 연도별 한미연합훈련 참가현황<sup>33</sup>

구분	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
KR 연습	-	1개국 3명	3개국 11명	4개국 21명	4개국 32명	5개국 30명	5개국 57명	5개국 87명	5개국 91명	10개국 118명

<sup>27</sup> United States Forces Korea, “USFK Strategic Digest 2015”, p.44. (번역 필자).

<sup>28</sup> Official Website for the United States Forces Korea, United States Forces Korea > Media > Press Releases > CFC Announces Start of Key Resolve 2015 (2021.7.1.) <https://www.usfk.mil/Media/Press-Releases/Article/587998/cfc-announces-start-of-key-resolve-2015/>

<sup>29</sup> Official Website for the United States Forces Korea, United States Forces Korea > Media > Press Releases > CFC begins Ulchi Freedom Guardian 2016 (2021.7.1.) <http://www.usfk.mil/Media/Press-Releases/Article/920965/cfc-begins-ulchi-freedom-guardian-2016-2016/>

<sup>30</sup> <연합뉴스>, 2017.3.24. “北핵심 타격” 한미 키리졸브훈련 종료…미군 1만3천명 참가” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20170323188900014>

<sup>31</sup> <연합뉴스>, 2016.3.11. “한미훈련에 호주·뉴질랜드군 200명 참가…北도발 억제 의지” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20160311048200014>

<sup>32</sup> <제주도민일보>, 2017.6.19. “평화의섬 제주, 미군 함정 해상훈련” <http://www.jejudomin.co.kr/news/articleView.html?idxno=88062>

<sup>33</sup> 장광현(2020), 『다시 유엔사를 말한다』, 굿프렌드 정우, 209쪽. 다만, 이 표의 수치들은 앞서 언급한 언론보도 내용과는 다소 차이가 있다.

UFG 연습	4개국 9명	5개국 18명	7개국 50명	7개국 50명	7개국 115명	8개국 152명	7개국 90명	7개국 171명	8개국 82명	-
-----------	-----------	------------	------------	------------	-------------	-------------	------------	-------------	------------	---

2) 전투지휘기능 회복

한편, 이러한 유엔사 재활성화가 추진된 배경은 2007년 버웰 벨 전 유엔군사령관의 언급에서도 알 수 있듯이, 한미간 전시작전권 전환 이후 실제 지휘할 부대가 없는 유엔사가 정전협정 유지와 유사시 한반도 전력제공과 지휘의 기능을 지속적으로 수행할 방안을 찾는 것이 한 축이며, 한국군에 대한 미군의 전작권이 한국으로 환수되고, 발전하는 남북 관계 속에 한반도에 적대관계가 완전히 종식될 가능성이 커지면서, 이를 염두에 둔 한반도와 동북아에서의 미국의 군사적 영향력을 유지 강화할 수 있는 지휘체계를 어떻게 마련할 것인지에 대한 보다 근본적인 고민이 다른 한 축인 것으로 보인다. 이에 따라 유엔사는 유엔사 재활성화의 핵심을 ‘전투지휘기능’의 회복에 두고, 다국적군의 실병력이 참가하는 연합훈련을 통해 이를 검증하고 강화해온 것으로 추정된다.

이와 관련하여 유엔사는 전투사령부로의 회귀 계획이 없다며 공식적으로 이를 부인하고 있으나,<sup>34</sup> 다수 언론 보도와 전문가들은 유엔사 재활성화의 핵심을 한국전쟁 당시와 같은 전투지휘기능을 회복하는 데 주안점이 있는 것으로 분석하고 있다.<sup>35</sup>

장광현(2020)에 따르면, 2010년도 이전까지만 해도 한미연합연습에는 유엔사의 일부 회원국들이 군정위 연락단장을 겸하는 국방무관들을 옵저버(observer) 자격으로 연습을 참관토록 한 것이 전부였다. 2007년 8월 을

지포커스(UFG) 연습에 유엔사 회원국인 영국, 프랑스, 캐나다, 노르웨이, 터키, 태국, 필리핀의 연락장교들이 옵저버 자격으로 최초로 연합연습에 참관한 정도였다. 그러나 2010년 10월, 한미 양국 국방장관이 연례 한미 안보협의회의를 통하여 “필요시 유엔사와 전력을 제공하는 국가들을한미연합연습에 참여시킨다.”는 내용의 「한미국방협력지침」에 상호 서명한 후, 유엔사 회원국들이 한미연합연습에 실(實)병력을 참여시키기 시작하였다고 하며, 2013년도 3월 키리졸브(KR:Key Resolve) 연습에 이어 실시하는 독수리 연습(Foal Eagle)의 일환으로 실시한 연합상륙훈련에 1개 소대 규모의 호주군이 참가하였는데, 이것이 유엔사 회원국 중 참관요원(옵저버)이 아닌 실제 전투병력이 참가한 첫 번째 사례였다고 한다.<sup>36</sup>

또한, 언론 보도에 따르면, 2019년 8월의 한미연합연습은 한국군 4성장군이 사령관을 맡고 미군 4성장군이 부사령관을 맡는 미래연합사 편제로 진행되었는데, 당시 전작권 전환을 위한 기본운용능력(Initial Operational Capability: IOC) 검증 과정에서 연합사 부사령관 역할을 맡은 에이브럼스 미군 대장이 유엔군사령관 자격으로 미래연합사에 대한 지휘권 행사를 주장했던 것으로 알려지면서, 최악의 경우 ‘껍데기’ 전작권 전환이 이루어지는 것 아니냐는 우려가 제기되기도 하였다.<sup>37</sup> 이를 통해 유엔사는, 전쟁 발발시 유엔사는 한국전쟁 당시와 같은 전투지휘기능을 회복하며, 이에 따라 모든 부대는 유엔사 휘하에 편제되는 것으로 인식하고 있음을 알 수 있다.

이처럼 유엔사는 실질적 다국적군화와 함께, 전투지휘기능 회복을 재활성화의 주된 목표로 삼고 추진하고 있다. 이는 정전유지 활동의 범위를

34 <연합뉴스>, 2020.11.20. “에이브럼스, ‘유엔사, 전투사령부로 회귀 계획 없다’” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20201120049300504>  
 35 <연합뉴스>, 2020.11.17. “미, 유엔사 ‘독립 전투사령부회’ 염두…동북아 국제질서 주도” <https://www.yna.co.kr/view/AKR20201116149900504>

36 장광현(2020), 위의 책, 205-206쪽.  
 37 <중앙일보>, 2019.9.17. “유사시 69만 유엔군 지휘권 누가...최악엔 껍데기 전작권 전환” [한준형(2019), “유엔사의 역할 변화에 대한 법적 쟁점과 과제”, 『서울국제법연구』 26권 2호, 46쪽에서 재인용.]

넘어서는, 새로운 차원의 군사활동이다.

### 3. 유엔사 재활성화 관련 법적 쟁점 검토

#### (1) 국제법 위반 여부

##### 1) 쟁점

한반도에서 유엔사는 정전협정의 서명 주체로서 협정에 명시된 유엔사의 역할을 수행한다. 그러나 앞서 살펴본 유엔사 재활성화는 정전협정과 관계없다. 주한미군의 경우 국회의 비준동의를 거친 한미상호방위조약을 근거로 한반도에 주둔하며 군사활동을 해왔다. 미군 외의 타국 군대가 유엔사의 재활성화라는, 또는 유엔사의 기능 강화라는 명분 아래 한반도의 영토, 영해, 영공에서 활동을 하는 것은 한국의 주권과 결부되는 문제로서, 이 행위에는 국제법적인 근거가 있어야 한다.

일각에서는 유엔사의 재활성화가 유엔 안보리 결의 제84호에 근거한 것이라고 주장한다. 최근 전역한 로버트 에이브럼스 유엔군사령관과 신임 폴 라카메라(Paul J. LaCamera) 사령관 모두 공통적으로 유엔사가 유사시 한국 방어를 위한 다국적군 활동의 플랫폼 기능을 하는 것은 1950년 유엔 안보리 결의 제84호를 이행하고 있는 것이라는 취지로 설명하였다.<sup>38</sup>

그러나 유엔사가 70여 년 전에 유엔 안보리 결의를 현재 이행하고 있다는 주장과 그에 기반한 군사 활동이 합당하려면, 한국전쟁 당시 채택된 유엔 안보리 결의가 70년 이상 계속하여 그 효력이 유지되고 있다는 전제

가 먼저 인정되어야 한다. 이 글에서는 유엔사가 70여 년 전 유엔 안보리 결의를 근거로 새로운 군사활동에 해당하는 재활성화를 추진할 수 있는지, 만약 해당 안보리 결의가 현재 유엔사 재활성화의 근거가 될 수 없다면, 이는 국제법상 ‘국가주권 상호존중 의무’에 저촉되는 것은 아닌지 등 법적 쟁점에 대해 검토해본다.

#### 2) 유엔사 재활성화에 관한 국제법적 근거의 존재 여부

살펴본 바와 같이, 2010년 이후 한미연합연습에 대한 유엔사 회원국들의 참가는 꾸준히 증가하여 왔다. 이에 대한 문제 제기가 크지 않았던 것은 1950년 당시의 유엔 안보리 결의들이 여전히 유효하다는 전제에 기반을 두고 있다.<sup>39</sup> 그러나 과연 당시 안보리 결의의 구체적 내용이 무엇이고, 그것이 70년이 지난 지금까지도 여전히 유효한지에 대해 제대로 된 논의조차 이루어지지 못한 실정이다.

물론, 유엔사가 정전협정의 서명 당사자이기 때문에 일정하게 정전협정의 관리 권한을 갖고 있는 것은 사실이다. 그러나 이와는 별개로, 설령 한국 정부의 동의가 없더라도 유사시 유엔사의 자체 판단에 의한 외국군의 병력지원은 가능하며, 그 근거는 1950년 유엔 안보리 결의들이라는 식의 주장의 타당성에 대해서는 의문이 든다. 이하에서는 유엔사에 의한 무력재사용의 국제법적 근거로 제시하는 ① 1950년 유엔 안보리 결의 제82호, 제83호, 제84호가 70년이 지난 지금도 과연 여전히 유효한지, ② 1953년

<sup>38</sup> Robert B. Abrams, “Advance Policy Questions for General Robert B. Abrams, USA Nominee to be Commander, United Nations Command, Commander, Republic of Korea–United States Combined Forces Command, and Commander, United States Forces Korea”, September 25, 2018, p.2.; Paul J. LaCamera, “Advance Policy Questions for General Paul LaCamera, USA Nominee to be Commander, United Nations Command, Commander, Republic of Korea–United States Combined Forces Command, and Commander, United States Forces Korea”, May 14, 2021, p.2. (이상 번역 필자).

<sup>39</sup> 위 각주 37 참조. 또한, 장광현(2020)에 따르면, 2007년 4월, 미국은 ‘정전관리 기본원칙’을 제기하면서 유엔 안보리 결의안 제83호와 제84호가 지속 유효하다는 점과, 한반도 정전협정은 평화체제로 대체될 때까지 계속 유지되어야 한다는 점을 재차 강조하였다고 한다. 장광현(2020), 위의 책, 217–218쪽. 제성호(2019)와 노동영(2017) 역시 유엔사의 ‘유사시 전력제공자’ 기능은 무력공격 격퇴 및 한국 방위 임무를 담당하는 유엔사가 존속하는 한 별도의 안보리 결의 없이 가능하다고 보아야 한다고 주장한다. 노동영(2017), “한국문제에서 유엔사의 지위와 역할”, 국방연구 60권 4호, 68쪽(제성호(2019), “유엔사의 법적 지위와 재활성화”, 『서울국제법연구』 26권 2호, 15쪽에서 재인용).

이른바 ‘워싱턴 선언’이 근거가 될 수 있는지에 대해 살펴본다.

① 1950년 유엔 안보리 결의 제82호, 제83호, 제84호의 효력 지속 여부<sup>40</sup>

1950년 6월 25일 유엔 안전보장이사회는 북한의 행동이 평화의 파괴를 구성한다고 결정하고, 모든 적대행위의 즉각적 중단과 북한군의 38선 이북으로의 철수를 요구하는 첫 번째 결의(제82호)를 채택했다. 그럼에도 불구하고 북한군의 남하가 계속되자, 안보리는 6월 27일 두 번째 결의(제83호)를 통해 유엔 회원국들에게 북한의 무력공격을 격퇴하고 이 지역의 국제평화와 안전을 회복하기 위해 필요한 원조를 대한민국에게 제공하라고 권고했다. 이 결의에 근거하여 최종적으로는 16개국이 전투병력을 파견했다. 이어 안보리는 7월 7일 세 번째 결의(제84호)를 채택하여 한국에 파견된 각국 병력을 지원하기 위해 미국이 지휘하는 통합사령부(unified command)를 설치하도록 하고, 이들 부대가 작전중에 본국 국기와 함께 유엔기를 사용하도록 허가했다.<sup>41</sup>

그러나 1953년 7월 27일 정전협정이 체결되어 서명자들간 “한국에서의 적대행위와 일체 무력행위의 완전한 정지”에 합의하였으므로, 위 안보리 결의들의 효력은 그 목적이 모두 달성되어 정전협정 체결과 동시에 소멸하였다고 보아야 한다. 즉, 정전협정 체결은 곧 제82호 결의가 채택된 원인인 북한의 무력공격에 의한 ‘평화의 파괴’ 상황이 종료된 것이자, ‘모든 적대행위의 즉각적 중단과 북한군의 38선 이북으로의 철수(제82호)’, ‘북한의 무력공격 격퇴(제83호)’라는 목적이 달성되었음을 의미하며, 두 결의

의 효력은 정전협정 체결시 소멸하였다.<sup>42 43</sup> 제84호의 경우도 그 자체가 제82호 및 제83호에 근거하고 있으므로, 앞선 두 결의의 효력 소멸과 함께 소멸하였다고 보는 것이 합당하다.

이 점에 대해 이근관(2008)은, 전통적인 견해에 따르면 정전협정은 단지 군사적인 문제에 국한되며 전쟁상태를 종료시키지 않는 데 비해, 2차 세계대전 이후 등장한 유력한 견해에 의할 경우 정전협정 자체에 의하여 전쟁상태가 종료될 수 있다면서, 한국전쟁과 관련해서 상당수의 국제법학자는 한국정전협정의 체결에 의해 이 무력분쟁이 종료되었다고 본다고 하였다.<sup>44</sup> 특히, 정전기간의 만료 또는 일정한 절차적 요건의 만족을 전제로 적대행위의 재개가 가능하였던 “고전적인” 정전 개념과는 달리, 1953년 협정에서는 “한국에서의 적대행위와 일체 무장행동의 완전한 중지를 보장하는 정전”을 목표로 하고 있으며 이 점은 “전투행위 재개방지의 보장”이라는 표현에서 명확히 드러난다고 강조하였다.<sup>45</sup> 가령 유엔군 측은 중국 공산군이 정전에 위반되는 대규모 공격(a large scale attack in violation of the armistice)을 강행할 경우 이는 “전적으로 새로운 전쟁(a completely new war)”에 해당하며 유엔군 측이 효과적이라고 생각하는 모든 종류의 군사행동을 취할 수 있다고 보았다는 것이다.<sup>46</sup> 이처럼 유엔군 측이 1953년 정전협정의 체결에 의해 “한국전쟁”의 종료를 추구했다는 점은 유엔군

40 위 결의들이 적법하게 성립한 것인지, 이들 결의의 현상상 근거조항이 무엇인지를 두고 그 효력에 대해 여러 가지 논란이 벌어진 바 있다. 그러나 이 장에서는 그 성립의 적법 여부가 아니라, ‘효력의 지속 여부’에 초점을 맞추어 논증하고자 한다.  
41 정인섭(2019), 『신국제법강의』 제9판, 박영사, 840-841쪽 참조.

42 또한, 정전협정을 통해 합의된 군사분계선이 38선과 상이하다고 하더라도, 양 교전당사자가 그에 대해 합의된 이상 위와 같은 목적은 달성된 것으로 봄이 타당하다.  
43 박홍순(2004)은, “유엔의 집단안보의 목적에서 보면 현상유지의 회복(restore status-quo)이라는 목표 달성되었다. 즉 유엔집단조치가 38선 이북으로 북한이라는 침략 국가를 격퇴하고 남한의 주권과 정치적 독립성을 전쟁이전상태로 회복하는 성공을 거두었다”고 평가하였다. 박홍순(2004), “한국전쟁시 유엔의 역할”, 강성학 편, 『유엔과 한국전쟁』, 리북, 38-39쪽.  
44 이근관(2008), “한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의”, 『서울대학교 법학』 49권 2호, 181쪽.  
45 이근관(2008), 위의 글, 176-177쪽.  
46 795.00/12-651 Memorandum of Conversation, by Ward P. Allen of the Bureau of European Affairs (Washington, December 6, 1951), Foreign Relations of the United States 1951 vol. VII part 1 (Korea and China) (이하 “FRUS”), p.1256[이근관(2008), 위의 글, 177쪽에서 재인용].

측이 마련한 유엔 관련 문서에서도 잘 드러나는데, 그 중 일부를 정리해 보면 아래 표와 같다.

[표 2] 유엔군 문서 등의 표현<sup>47</sup>

문서	
1951년 7월 9일 리지웨이 장군이 미국 합참의장에게 보낸 전문에 포함된 정전 협상 개시에 즈음하여 자신이 행할 성명의 초안 <sup>48</sup>	“한국에서 교전중인 군대 상호 간에 정전에 대한 협상이 개시되는 역사적인 순간에, 본관은 한국에서의 무력충돌을 종료시킬 군사적 조건에 관하여 쌍방 간에 만족스러운 합의가 이루어지기를(a mutually agreeable agreement may be reached on the military terms for terminating the armed conflict in Korea) 기원하는 것이 시의적절하리라 믿습니다.”
1951년 12월 7일자 미국 국가안전보장회의(National Security Council)의 선임 연구원들이 작성한 “한국에서의 미국의 목표와 행동방침에 관하여 국가안전보장회의가 제안한 정책성명초안” <sup>49</sup>	미국의 목표를 “적절한 정전 조건 하에 적대행위를 종료시키는 것(Terminate hostilities under appropriate armistice arrangements)”이라고 규정.
1951년 7월 14일자 애치슨(Acheson) 미 국무장관이 보낸 전문 <sup>50</sup>	“대한민국에 대한 무력공격이 격퇴되었고, 전투행위가 종료되었고, 지역 내 평화와 안전이 회복 중이라는 사실을 확인하는 [ 년 월 일]의 정전협정을 유의·승인한다(note with approval armistice agreement of _____ which confirms that armed attack against ROK has been repelled, that fighting has come to an end, that international peace and security in area are being restored).”

47 이 표는 필자가 이근관(2008), 위의 글, 176-179쪽에 인용된 문헌 중 일부를 발췌·재인용하여 표로 정리한 것이다(아래 각주 47-51가 이에 해당. 각주 47, 48, 51의 밑줄은 이근관(2008)이 추가, 각주 49, 50의 밑줄은 필자가 추가).

48 FRUS, p.637.

49 FRUS, p.678. 위 서면의 영문 제목은 “Draft Statement of Policy Proposed by the National Security Council on United States Objectives and Courses of Action in Korea”이다.

50 FRUS, p.678.

1951년 12월 1일자 오스틴 UN 대표가 보낸 전문 <sup>51</sup>	“[안보리는] … 한국에서 정전협정이 체결된 사실을 유의·승인하며, UN에 수용가능한 형태로 적대행위가 종료된 데 대해 깊은 만족감을 표명한다([The SC] … Notes with approval the conclusion of an armistice in Korea and expresses its profound satisfaction that hostilities have been brought to an end on terms acceptable to the UN).”
1952년 12월 3일 UN 총회가 채택한 결의 610(VII) <sup>52</sup>	“[UN총회는] … 판문점협상이 정전을 향해 상당한 진전을 이룬 데 대하여 또한 한국에서의 적대행위를 종료하고 한국 문제의 해결을 달성하기 위한 잠정적 합의를 유의·지지하며, … 적대행위를 신속히 종료시킬 필요와 한국 문제의 평화적 해결의 필요를 깊이 인식하며 … [The General Assembly] … Noting with approval the considerable progress towards an armistice made by negotiation at Panmunjom and the tentative agreements to end the fighting in Korea and to reach a settlement of the Korean question, … Deeply conscious of the need to bring hostilities to a speedy end and of the need for a peaceful settlement of the Korean question …”

이렇게 본다면 현재 한반도상에 성립하고 있는 정전은, 적어도 ‘장래를 향한 교전의사의 중국적인 포기’에 합의한 것으로 보아야 할 것이다. 휴전 협상 초기인 1951년 11월 27일 양측이 군사분계선 설정에 합의한 후 임시 휴전을 선언하고 12월 27일까지 한 달간 전투를 중지<sup>53</sup>하였다가 협상이 결렬되면서 다시 무력사용을 재개한 점에 비추어 보더라도, 2년 협상 끝에 맺은 정전협정의 성격이 일시적 정전이 아니라 적대행위의 종료에 합의한 것임을 보여준다. 따라서 정전의 당사자 중 일방이 무력행사를 행하

51 FRUS, p.1210.

52 Foreign Relations of the United States 1952-1954 vol, X V (Korea) part,1, p.702.

53 박태균(2005), 『한국전쟁』, 책과함께, 254쪽.



면 이는 일시적으로 중지되었던 적대행위의 정당한 재개가 아니라 새로운 침략행위로 간주되는 것이다.<sup>54</sup>

한편, 2002년 프랑스의 레비트(Jean-David Levitte) 대사가 1990년도의 이라크에 대한 무력사용을 허용했던 안보리 결의 678호는 자동성(automaticity)이 없음을 명백히 밝힌 것 역시 주목할 만하다. 즉, 안보리 결의 678호는 이라크의 쿠웨이트 퇴각과 제1차 이라크 전쟁의 종전과 함께 이미 효력을 다했으며 추후의 무력사용을 승인하는 자동성이 없으므로 2003년의 이라크에 대한 무력행사는 당연히 안보리의 새로운 결의를 필요로 하는 것이었으나, 현 안보리가 2003년 이라크에 대한 무력사용에 대해 아무런 결의를 하지 않았으므로 제2차 이라크전은 결론적으로 안보리의 동의 없이 이루어진 유엔헌장에 위반하는 불법적인 전쟁이라는 것이다.<sup>55</sup> 2004년 9월 유엔의 코피 아난(Kofi Annan) 당시 사무총장 역시 영국 BBC와의 인터뷰에서 2003년 3월 미국의 이라크 침공은 “유엔 헌장을 위반한 불법 행위”라고 말했다. 그는 이라크에 대한 무력 사용 결정은 유엔 안보리의 승인을 필요로 했으며, 일방적으로 이뤄질 수 없는 것이라고 말했다.<sup>56</sup>

더구나 위의 예의 1, 2차 이라크 전쟁의 시간적 간극이 불과 10여 년에 불과하다면, 한국전쟁의 경우는 정전협정이 체결된 지 이미 70여 년이 지났으며, 대한민국이 교전 상대방인 중국과 수교한 지도 이미 30여 년이 지났다. 더구나 1991년 유엔 안보리와 유엔 총회는 남과 북을 유엔 회원국으로 승인하였기 때문에 과거 유엔이 한반도에서 통일된 민주적인 하나의

독립 정부를 수립하는 것을 목표로 진행해온 모든 결의와 조치들은 더 이상 기능할 수 없다. 이러한 시간 경과 및 상황변화를 감안할 때, 유엔사의 무력사용을 위해서는 유엔 차원의 새로운 결의가 필수적이라 할 것이다. 만약, 1950년 유엔 안보리 결의들에 근거하여 유엔사의 무력 재사용이 가능하다고 해석할 경우, 유엔사는 지난 70여 년간 무력 사용권한을 보유하고 있었다는 것인데, 이는 무리한 해석이다. 지난 70여 년간 유엔사의 무력 사용권한이 아무런 변화도 시효도 없이 지속되고 있다는 것은 무력의 “사용”뿐만 아니라, “위협”도 금지하고 있는 유엔 헌장 제2조 제4항<sup>57</sup>의 정신에 위배되는 주장이라 할 것이다.

20세기 접어들어 국제법이 이론 성과 가운데 하나가 전쟁을 위법화하고 무력사용을 일반적으로 금지하는 ‘무력사용금지의 원칙(principle of non-use of force)’을 강행규범(jus cogens)으로 확립시킨 점이다. 국제사회는 또한 전쟁을 방지하고 국제평화와 안전을 유지하기 위하여 제2차 대전 이후 유엔을 창설함으로써 국제법의 규범력 및 실효성 제고를 위하여 노력해 왔다. 오늘날 ‘무력사용금지의 원칙’은 가장 공식적인 국제법의 법원으로 자리 잡고 있는 유엔 헌장 제2조 제4항에 명시되고 있으며, 그 예외로서는 헌장 제51조에 의한 자위권(right of self-defense)의 행사와 헌장 제7장의 ‘집단적 안전보장제도(collective security system)’에 의한 무력사용만이 명시적으로 인정되고 있다고 본다.<sup>58</sup> 여기서 자위권 행사의 주체는 침략을 당한 개별국가에 한정되므로, 유엔사는 자위권 행사의 주체에는 해당하지 않는다. 따라서 유엔사에 의한 무력 재사용이 적법성을 획득하기 위해서는 이에 걸맞는 새로운 안보리 결의를 통해 집단적 안전보

54 Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p.44[이근관(2008), 위의 글, 182쪽에서 재인용].

55 UN Doc. S/PV. 4644 p.5[소병천(2004), “이라크 전쟁과 국제법”, 『비교법학연구』 3호, 136쪽에서 재인용].

56 <조선일보>, 2004.9.16, “아난 유엔사무총장 ‘美 이라크침공은 不法’” [https://www.chosun.com/site/data/html\\_dir/2004/09/16/2004091670409.html](https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2004/09/16/2004091670409.html)

57 “모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로든 무력의 위협이나 무력 행사를 삼간다.”(유엔 헌장 제2조 제4항).

58 김부찬(2006), “국제법상 무력사용금지의 원칙과 그 예외에 관한 고찰”, 『인도법논총』 26호, 318쪽.

장제도를 재발동해야 하는 것이다.<sup>59</sup>

요약하자면, 유엔사 회원국들에게 무력사용을 예외적으로 허용해 주었던 1950년대 유엔 안보리 결의들은 정전협정 체결로 인해 그 목적을 달성하여 더 이상 유효하지 않다. 또한 70년 동안 그 무력사용의 권한을 아직까지 유지하고 있다고 보는 것은 무력사용 금지원칙을 천명한 유엔헌장의 취지에도 위배된다. 따라서 1950년대 유엔 안보리 결의 제82호, 제83호, 제84호는 유엔사 재활성화의 근거가 될 수 없다. 따라서 이들을 근거로, 유엔사가 현재 어떤 형태로든 무력사용이 가능하다는 전제에서 군사작전 계획을 세우는 것은 국제법적 근거가 없는 것이다.

② 1953년 '워싱턴 선언'의 유효 여부

일각에서는 1953년 한국 휴전에 관한 공동정책 선언인 워싱턴 선언 역시 재활성화의 근거라고 주장하고 있다. 워싱턴 선언은 한국전쟁에서 전투에 참가했던 16개국(호주·네덜란드·벨기에·뉴질랜드·캐나다·필리핀·콜롬비아·태국·에티오피아·터키·프랑스·남아프리카공화국·그리스·영국·룩셈부르크·미국)이 1953년 7월 27일 워싱턴에서 한국 휴전을 지지하는 공동의 입장을 밝힌 것으로, 핵심 내용은 “우리는 한국전쟁에 군대를 파견하고 있는 국제연합 회원국으로 휴전협정을 체결하려는 국제연합사령부 총사령관의 결정을 지지한다. 우리는 이에 그 정전의 조항을

전면적으로 성실하게 이행할 것을 다짐한다.”<sup>60</sup>는 것이다.

그런데 그 내용 중 “만약 국제연합의 원칙들에 반하는 무력공격이 재발할 경우, 우리는 세계평화를 위하여 다시 단결하여 즉각적으로 저항할 것임을 확인한다.”<sup>61</sup>는 문구가 있다. 이를 두고 일각에서는 유엔 참전국들의 워싱턴 선언에 기초하여 한반도에서 전쟁 재발 시 유엔사가 회원국들의 전력을 수용하고 이를 통제·지원하는 역할을 부여받는 것이라고 주장한다.<sup>62</sup>

그러나 워싱턴 선언의 핵심은 유엔사 회원국들이 정전협정을 지지하고 그 이행을 약속한 것에 있다. 따라서 워싱턴 선언을 근거로 전쟁 재발시 유엔사가 정전협정 이전의 군사적 기능을 회복할 수 있다고 해석하는 것은 선언의 핵심 내용과 성격을 잘못 해석한 것이다. 위 문구 역시 워싱턴 선언의 본질이 정전협정을 지지한다는 점에 비추어 보면, “국제평화와 안전 유지”라는 유엔 헌장의 목적을 실현하고자 하는 회원국들의 기본적인 의지 표명으로 이해하는 것이 타당하다. 다시 말해, 위 문구에서 “만약 국제연합의 원칙들에 반하는 무력공격이 재발할 경우, 우리는 세계평화를 위하여 다시 단결하여 즉각적으로 저항”하겠다고 천명한 것은, 유엔의 일반적 회원국들이 유엔 헌장이 정한 절차에 따라 새로운 결의 하에 평화수호행동에 나서겠다는 취지이지, 기존 유엔사 체계를 통해 대응하겠다는

59 이에 대해 정태욱(2019)도, 한국전쟁이 끝난 후 이제 70년이 다 되어 가는 지금, 북한의 재침을 이진 전쟁의 연장으로 볼 수 있는지는 의문이고, Julius Stone이나 Joram Dinstein이 말하듯이 정전체제로 한국전쟁은 종결되었다고 볼 수도 있으며, 유엔 안보리의 구성도 1950년대와 달라져 있다는 점을 지적하면서, 따라서 북한 재침의 경우에도 유엔사 복원에 대한 추가적 법적 근거가 필요하고, 유엔사를 유엔 안보리의 강제조치의 차원에서 이해한다면 유엔 안보리의 새로운 수권이 필요하고, 유엔사를 집단적 자위의 연합군으로 본다면 각국의 승인, 특히 당사국인 우리 한국의 승인이 필요하다고 주장하였다. 정태욱(2019), “주한유엔군사령부 재활성화 문제”, 서울국제법연구원 토론회 토론문 참조. [http://delsa.or.kr/xe2/board\\_dCiQ98/16743](http://delsa.or.kr/xe2/board_dCiQ98/16743)

60 “We the United Nations Members whose military forces are participating in the Korean action support the decision of the Commander-in-Chief of the United Nations Command to conclude an armistice agreement. We hereby affirm our determination fully and faithfully to carry out the terms of that armistice.” (번역 필자).

61 “We affirm, in the interests of world peace, that if there is a renewal of the armed attack, challenging again the principles of the United Nations, we should again be united and prompt to resist.” (번역 필자).

62 장광현·최승우·홍성표(2017), “한반도 유사시 유엔사(UNC)의 전력 창출에 관한 연구: 현대전쟁을 통해 본 미국 주도의 다국적군 참여 배경을 중심으로”, 『국방연구』 60권 4호, 98쪽.; 이상철(2012), 『한반도 정전체제』, 한국국방연구원, 96-97쪽.[이상 제성호(2019), 위의 글, 15쪽에서 재인용] 및 안준형(2019), 위의 글, 36쪽 참조.

취지가 아니다.

더군다나 워싱턴 선언 어디에도 유엔사의 지속적인 군사임무 수행 등을 확인하는 내용이 없고, 설령 그런 내용이 있다고 하더라도 워싱턴 선언 자체가 규범력 없는 선언에 불과하다. 따라서 워싱턴 선언을 근거로 유엔사가 유사시를 대비하여 군사작전계획을 세운다는 것 역시 국제법적 근거가 없는 것이다.

**3) 유엔사 재활성화가 국제법상 국가주권 상호존중의무에 위반되는지 여부**

유엔 헌장<sup>63</sup> 제1조 제2항은 “사람들의 평등권 및 자결의 원칙의 존중에 기초하여 국가간의 우호관계를 발전시키며, 세계평화를 강화하기 위한 기타 적절한 조치를 취한다.”고 하며, 제2조는 “이 기구 및 그 회원국은 제1조에 명시한 목적을 추구함에 있어서 다음의 원칙에 따라 행동한다.”고 하고 제1항에서 “기구는 모든 회원국의 주권평등 원칙에 기초한다.”라고 명시하고 있다. 이처럼 국가주권의 상호존중은 국제관계의 기본원리이자, 국제법이 성립하는 토대가 된다.<sup>64</sup>

따라서 유엔사 재활성화는 아무런 국제법상 근거가 없음에도, 미국이 한국의 동의를 구하지도 않고 유엔사의 다국적군화 및 전투지휘기능 회복 등을 골자로 하는 유엔사 재활성화를 추진하고 이를 실질화하기 위해 대한민국의 영토에서 매년 군사훈련을 확대해 나가는 것은, 국가주권의 상호존중의무에 위반한 것이다. 특히, 유엔사 회원국 16개국에 해당하지도 않는 독일이나, 우리와 민감한 관계에 있는 일본을 미국의 이익에 따라 유엔사의 군사훈련에 참가시키려 시도했던 것은 명백한 ‘국가주권 상호존중의무’ 위반에 해당한다.

<sup>63</sup> 1991.9.18. 대한민국에 대하여 발효, 조약 제1059호.

<sup>64</sup> 정인섭(2019), 위의 책, 165쪽.

**4) 소결**

1950년 유엔 안보리 결의들은 정전협정 체결과 동시에 그 효력을 상실하였고, 워싱턴 선언은 유엔사 회원국들이 정전협정 지지·이행을 표명한 것에 초점에 있고 그나마도 규범력 없는 선언에 불과하므로, 유엔사의 정전협정 유지권한을 넘어선 군사작전계획 수립행위는 아무런 국제법적 근거가 없는 것이며, 국제법상 국가주권 상호존중의무에 위배되는 것이다.

**(2) 대한민국 헌법 위반 여부**

**1) 쟁점**

정전협정 체결 이후 주한미군을 제외한 15개국의 전투병력은 모두 철수하였고, 이후 대한민국에 머문 외국군은 정전협정의 정전업무를 위한 유엔사측 군사정전위원회의 연락장교나 중립국감독위원회의 위원 등 극히 적은 인원이 전부였다. 그러나 현재 미국이 추진하는 유엔사 재활성화는, 전투기능과 지휘기능을 가진 미군 외 외국군이 대한민국 영역 내에 ‘주류(駐留)’하는 것에 다름 아니므로, 헌법 제60조 위반 여부, 특히 동조 제2항에서 규정한 국회의 “외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권” 위반 여부가 문제된다.

**2) 헌법 제60조의 의의 대의기관인 국회를 통한 국민주권 원리의 실현**

정부의 외교·국방정책수행에 대한 동의권을 규정한 헌법 제60조의 내용은 다음과 같다.

헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.  
 ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

위 조항의 취지는 ① 대통령이 외교에 관한 권한을 자의적으로 행사하지 않도록 사전적·민주적 통제를 가하는 것이며, ② 조약이 국내법으로 수용되는 것에 대한 동의를 의미하며, ③ 국민의 권리·의무 및 국가재정에 상당한 영향을 미치는 영향을 고려하여 볼 때 이에 관한 국민적 합의를 형성할 필요가 있다는 것에 그 의의가 있다.<sup>65</sup> 또한, 국회의 동의절차는 대의민주주의의 본질상 입법권을 갖는 대의기관인 국회가 입법작용의 성질을 가지는 조약의 성립과정에 관여하도록 하고, 국민의 의견을 모아 국민주권의 원리를 관철시키고 민주적 통제로 대통령의 전단(專斷)을 방지하는 의미를 갖는다.<sup>66</sup>

**3) 유엔사 재할성화가 헌법 제60조 제2항 및 국민주권원리에 위반되는지 여부**

앞서 살펴본 바와 같이, 미국이 추진해 온 유엔사 재할성화의 핵심은 유엔사 ‘작전기능의 회복’에 있으며, 다국적군의 실병력이 참가하는 연합훈련을 통해 이를 검증하고 강화하는 것이다. 또한 스캐퍼토리 전 유엔군사령관이 언급한 바와 같이 미국은 유엔군사령부의 16개 전력제공국들의

‘일상적인 작전 참여’, 즉 다국적군의 상설화·상비화를 추진하고 있으므로, 이는 헌법 제60조 제2항에서 규정한 ‘외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류’에 해당한다.

따라서 유엔사 재할성화의 일환으로 추진되고 있는 다국적군 실병력의 대한민국 영역 안에서의 연합훈련참가 및 이의 상설화·상비화 계획에 대해서는, 분명 헌법 제60조 제2항의 취지에 따른 국민적 합의 및 이에 기초한 국회의 동의가 필수적으로 요구된다. 그러나 지금까지 이에 대한 국회의 동의는 없었다. 따라서 대한민국 국회의 동의 없이 추진되는 유엔사 재할성화는 헌법 제60조 제2항에 위반하여 ‘외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 국회의 동의권’을 침해하며, 이는 국민의 의견을 모아 국민주권의 원리를 관철시켜야 하는 헌법의 기본원칙인 국민주권의 원리에도 위배된다.

**4) 소결**

국민적 합의 및 국회의 동의 없이 추진되는 유엔사 재할성화는, 헌법 제60조 제2항의 국회 동의권을 침해하고 헌법의 기본원칙인 국민주권원리에도 위반된다. 더군다나 지금까지 추진되어 온 유엔사 재할성화 과정의 상당 부분은 국가의 안전보장 또는 주권의 제약에 해당한다고 할 수 있음에도 그 어떤 조약 체결도 없이 추진되고 있다는 점 역시 심각한 문제다. 이처럼 유엔사 재할성화는 대한민국 헌법에도 정면으로 위반되므로, 이에 대한 전면적인 재검토가 필요하다.

65 권영성(2010), 『헌법학원론』, 법문사, 894쪽[차강진(2014), 『헌법강의』, 청출어람, 1058쪽에서 재인용].  
 66 임지봉(2004), “헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약-대한민국의 경우를 중심으로”’, 『국제법 동향과 실무』 7호, 113쪽.

#### 4. 마치며

유엔사는 유엔 안보리 결의 제84호를 법적 근거로 미국에 의해 창설되었고, 미국에 의해 운용되고 있으며, 그 어떤 유엔 기관의 통제를 받지 않으면서 ‘유엔’이라는 이름을 그 이름 내에 포함하고 있다는 점에서 매우 독특한 존재이다. 특히 1978년 11월 7일 한미연합사령부가 창설되면서 이후 유엔사는 형해화된 조직인 것처럼 인식되어 왔다.<sup>67</sup> 즉, 한미연합사령부 창설로 유엔사는 한국군에 대한 작전통제권을 상실한 데다가, 이후 군정위 수석대표가 한국군 장성으로 교체되고 비무장지대 정전 업무 다수를 한국군으로 이양하면서 유엔사는 정전업무도 거의 하지 않게 되어 사실상 매우 소수의 인원으로 운영되는 상징적 존재로만 남아 있었던 것이다. 이러한 유엔사를 재활성화하려는 노력은, 전시작전권 반환 논의와 더불어 시작된 후 2014년 스캐퍼로티 전 유엔군사령관에 의해 본격적으로 추진된 것으로 보이며, 2015년 유엔사의 공식 목표로 천명되었다. 이에 따라 2010년 이후 한미연합훈련에 유엔사 회원국들이 대거 참여하거나 유엔사 주요보직을 맡는 등 유엔사를 실질적 다국적화하려는 움직임들이 본격화되었다.

유엔사 재활성화의 근거로 유엔사와 일부 학자들이 주장하는 1950년 유엔 안보리 결의들은 정전협정에서 모든 교전자들의 모든 전선에 걸친 군사적 적대행위를 포기하는 합의가 이루어짐과 동시에 그 효력이 다한 것이고, 1953년 ‘워싱턴 선언’ 역시 규범력 없는 선언에 불과하므로, 근거 없는 주장에 불과하다. 즉, 스캐퍼로티가 말하는 유엔사의 ‘숨겨진 잠재력(untapped potential)’이라는 것은 정전협정 체결로 인해 이미 1953년 당시

소멸한 것인 셈이다. 따라서 유엔사의 정전협정 유지권한을 넘어선 군사 작전계획 수립행위는 아무런 국제법적 근거가 없는 것이며, 국제법상 국가주권 상호존중의무에 위배되는 것이다. 나아가 유엔사 재활성화는, 대한민국 헌법 제60조 제2항의 국회 동의권을 침해하고 헌법의 기본원칙인 국민주권원리에도 위반된다. 따라서 이제라도 국민적 합의에 기초한 재검토 및 국회 차원의 논의가 조속히 이루어질 필요가 있다.

유엔사는 우리의 군사주권의 온전한 회복을 위해 언젠가는 극복되어야 할 대상이다. 사실상 형해화되어 있던 유엔사의 군사적 기능이 다시 재활성화되고 있다면, 이에 대한 우리의 관심 역시 활성화될 필요가 있다. 게다가 그 재활성화라는 것이 남북의 화해협력을 위한 노력마저 가로막아 유엔사 자신의 존재감을 부각시키려는 것이라면 더더욱 그러하다. 그 출발은 당연한 듯 받아들여지고 있는 유엔사의 존립근거들에 대해 문제제기를 하는 것에서 시작해야 한다고 본다. 임시적 성격의 정전협정이 70년에 이르도록 유지되는 동안 주권국가의 통제 범위 밖에서 진화해 온 유엔사의 정치적 성격과 법적 의미에 대한 논의가 시급하다. 이 글은 우선 그 법적 의미에 대한 것으로, 유엔사의 남북 협력 사업에 대한 통제를 둘러싸고 제기된 논란 중 유엔사 재활성화가 국제법 및 헌법에 위반되는지 여부를 검토하였다. 그러나 유엔사 재활성화와 관련하여 미중 관계나 동북아 지역에서 갖는 정치적 의미에 대해서는 다루지 못하였다. 차후에 이에 대한 연구들과 함께 유엔사의 미래에 대해서도 활발한 논의가 이어지기를 기대한다.

67 이기범(2019), “유엔사의 법적 지위와 존속·해체 문제”, 『서울국제법연구』 26권 2호, 100쪽.

1. 단행본

박태균(2005), 『한국전쟁』, 책과함께.  
 장광현(2020), 『다시 유엔사를 말하다』, 굿프렌드 정우.  
 정인섭(2019), 『신국제법강의』 제9판, 박영사.  
 차강진(2014), 『헌법강의』, 청출어람.  
 United States Forces Korea, “USFK Strategic Digest 2013.”  
 United States Forces Korea, “USFK Strategic Digest 2015.”

2. 논문

김부찬(2006), “국제법상 무력사용금지의 원칙과 그 예외에 관한 고찰”, 『인도법논총』 26호.  
 박홍순(2004), “한국전쟁시 유엔의 역할”, 강성학 편, 『유엔과 한국전쟁』, 리북.  
 소병천(2004), “이라크 전쟁과 국제법”, 『비교법학연구』 3호.  
 안준형(2019), “유엔사의 역할 변화에 대한 법적 쟁점과 과제”, 『서울국제법연구』 26권 2호.  
 이근관(2008), “한반도 종전선언과 평화체제 수립의 국제법적 함의”, 『서울대학교 법학』 49권 2호.  
 이기범(2019), “유엔사의 법적 지위와 존속 해체 문제”, 『서울국제법연구』 26권 2호.  
 임지봉(2004), “헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약’-대한민국의 경우를 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 7호.  
 장광현(2019), “전시작전통제권 전환에 따른 유엔군사령부 재활성화에 관한 연구”, 아주대학교 박사학위 논문.  
 제성호(2019), “유엔사의 법적 지위와 재활성화”, 『서울국제법연구』 26권 2호.  
 Creamer, Shawn, “The United Nations Command and the Sending States”, International Journal of KOREAN STUDIES, Volume XXI, Number 2, Fall Winter 2017.

3. 유엔군사령관 작성 서면

Abrams, Robert, “Advance Policy Questions for General Robert B. Abrams, USA Nominee to be Commander, United Nations Command, Commander, Republic of Korea–United States Combined Forces Command, and Commander, United States Forces Korea”, September 25, 2018.  
 LaCamera, Paul, “Advance Policy Questions for General Paul LaCamera, USA Nominee to be Commander, United Nations Command, Commander, Republic of Korea–United States Combined Forces Command, and Commander, United States Forces Korea”, May 14, 2021.  
 LaPorte, Leon, “Prepared Statement by GEN. Leon J. LaPorte, USA Hearings before the U.S. Senate Committee on Armed Services: Unified and Regional Commanders on Their Military Strategy and Operational Requirements”, March 8, 2005.  
 Scaparrotti, Curtis, “Statement of General Curtis M. Scaparrotti, Commander, United Nations Command; Commander, United States–Republic of Korea Combined Forces Command; and Commander, United States Forces Korea before the Senate Armed Services Committee,” February 23, 2016.

4. 보고서 및 토론문

정경영(2007), “유엔사의 미래역할과 한국군과의 관계정립 방안”, 2007년도 국회 국방위원회 정책연구용역과제 연구보고서, 19~20쪽.  
 정태욱(2019), “주한유엔군사령부 재활성화 문제”, 서울국제법연구원 토론회 토론문

5. 언론보도

<뉴스스>. 2019.12.17. “유엔사 'DMZ 출입허가권' 남용 논란…韓 정부와 시민 주권 침해”  
 <뉴스스>. 2020.2.7. “달라진 유엔사…남북관계 어긋장 비판에 이미지 개선 시도”  
 <매일경제>. 2005.4.9. “북, 유엔사 강화 움직임 경계”

〈신동아〉. 2019.10.26. “美, 유엔사 재활성화 ‘동아시아판 나토’ 만든다”  
 〈연합뉴스〉. 2016.3.11. “한미훈련에 호주 뉴질랜드군 200명 참가…‘北도발 억제 의지’”  
 〈연합뉴스〉. 2017.3.24. “‘北핵심 타격’ 한미 키리졸브훈련 종료…미군 1만3천명 참가”  
 〈연합뉴스〉. 2019.1.14. “日언론 ‘美, 주한미군 약화 우려해 유엔사 기능 강화’ 해석”  
 〈연합뉴스〉. 2019.7.11. “美, 유엔사 日참여 추진…中견제 역할분담 목적 포석 주목”  
 〈연합뉴스〉. 2020.11.17. “미, 유엔사 ‘독립 전투사령부화’ 염두…동북아 국제질서 주도”  
 〈연합뉴스〉. 2020.11.20. “에이브럼스 ‘유엔사, 전투사령부로 회귀 계획 없다’”  
 〈제주도민일보〉. 2017.6.19. “평화의섬 제주, 미군 함정 해상훈련”  
 〈조선일보〉. 2018.8.31. “美주도 유엔사, ‘남북철도 시범운행’ 이례적 訪北 불허”  
 〈조선일보〉. 2019.2.8. “한반도 종전선언해도 유엔사 유지… 근무요원 2배 이상 늘릴 것”  
 〈한겨레〉. 2006.3.8. “유엔사 전시작전권…미국의 속내?”  
 〈한겨레〉. 2007.1.18. “유엔사 전쟁지원조직 기능은 존속 필요”  
 〈한겨레〉. 2019.9.16. “미국의 유엔사 강화, 한국 전작권 행사 무력화 불씨 되나”  
 〈한겨레〉. 2019.10.23. “유엔사, ‘비군사적 목적 DMZ 출입 불허’ 논란에 ‘93% 승인’”

**6. 홈페이지 링크**

<https://www.linkedin.com/in/shawn-creamer-10b1178>  
<https://www.usfk.mil/Media/Press-Releases/Article/587998/cfc-announces-start-of-key-resolve-2015/>  
<http://www.usfk.mil/Media/Press-Releases/Article/920965/cfc-begins-ulchi-freedom-guardian-2016-2016/>  
<https://www.unc.mil/History/Post-1953-Evolution-of-UNC/>

집중분석 2
대한민국 교육개혁의 본질적 대안, 교육권 보장을 위한 ‘고교졸업자격시험’
박은선

**1. 들어가며**

미국 전 대통령 오바마가 “한국 교육을 따라 배우자”<sup>1</sup>고 하였을 만큼 대한민국의 교육열은 세계적으로 유명하다. 하지만 그것이 정말 ‘교육열’일까?

주말이면 지역 도서관 ‘열람실’은 청소년이나 성인으로 가득 찬다. 독서실과 비슷한 열람실에서 책 속에 고개를 파묻은 그들. 그 모습은 얼핏 ‘아름다운 독서 시민’인 듯 하지만 가까이 가 그들이 전념하는 책들의 정체를 확인하는 순간 환상은 깨진다. 책들은 수능기출문제집이나 공무원수험교재, 토익시험교재 등이 대부분이다. 우리나라 출판시장에서 불황기에도 그나마 팔리는 것은 어린이용 책이다. 중학생 이상을 대상으로 한 책들은 ‘학교시험’이나 ‘수능시험’과 조금이라도 관련이 있어야 팔리고, 청년기 이상부터의 책들 역시 공무원시험, 입사시험 대비책들이나 자기계발서들이

<sup>1</sup> 2008년 오바마 미국 대통령은 워싱턴 DC 히스패닉 상공회의소에서 취임 후 처음으로 21세기 교육정책 구상을 제시하며 “새로운 세기의 도전은 학생들이 더 많은 시간 공부할 것을 요구하며, 한국에서 그렇게 할 수 있다면 우리도 여기 미국에서 할 수 있다”고 말했다.

인기를 누린다. 대한민국 시민들은 적어도 중학교 때부터는 시험과 무관한 책은 읽지 않으며 이른바 교양서는 최대한 멀리하는 삶을 사는 거다. 이는 성인들의 독서 시간이 OECD 평균의 1/10이라는 통계로도 확인된다.

코로나19로 영국, 프랑스, 독일 등이 (수업을 제대로 못했으니 당연히) 2020년 대학입시를 취소하거나 미룬 반면, 대한민국 뉴스는 연일 고3들의 모의고사와 수능을 어쩔 것이냐 걱정했다. 결국 ‘드라이브 스루(drive-thru)’ 방식으로 고3들의 6월 모의고사가 전국에서 일제히 치러졌고 교육부는 수능시험의 사수 의지도 거듭 밝혔다. 수업이 없었대도, 교육과정이 제대로 작동하지 못했대도, 시험만 있다면, 수능시험과 공무원시험과 토익시험이 치러지지만 한다면 아무렇지 않은 대한민국인 것이다. 대한민국엔 교육은 없고 시험만 있다 해도 과언이 아니다. 그렇다. ‘기승전 대학입시’인 우리에게 ‘진짜 공부’는 금물이다. 이것이 대한민국 교육열의 진모습이다. 오바마의 찬사에 가려진 우리 교육열의 정체는 ‘배움의 열기’ 아닌 ‘시험광기’일 뿐이다.

그런데 이처럼 시험에만 매몰된 우리의 교육은 매우 불합리하고 정의롭지 못한 한편 비효율적이고 위험하기까지 하다. 그것은 특히 대한민국의 시험이 가진 특징 때문에 그렇다. 대한민국의 시험은 정답있는 시험(표준화시험)인 동시에 출세우기 시험(상대평가)이다. 특히 대학입시가 그렇다. 그리고 대한민국의 시험 내지 대학입시가 갖는 위 두 특징은 대한민국의 모든 교육개혁 시도를 흡수하고 왜곡시켜왔으며, 교육은 없고 시험만 있는 대한민국을 만들어왔다.

여기서는 1)우리 대학입시의 문제 중 출세우기 시험(상대평가)의 문제를 대략적으로 살피고, 2) 출세우기 시험으로서의 대학입시가 갖는 교육권 침해의 문제를 법의 눈으로 분석해본 뒤, 3)그 본질적 대안으로서 ‘대학입학 자격시험’을 제시하고자 한다.

## 2. ‘출세우기 시험’으로서의 대학입시의 문제점

### 하나. 출세우기 시험은 아동학대다

독일의 공영방송 도이치 벨레는 우리나라 교육을 배우고자 취재를 시작했다가 막상 취재과정에서 한국 아이들이 처한 현실에 경악하며 다큐멘터리를 교육프로가 아닌 인권프로로 바꾸어 방송했다. ‘성공에 내몰린 한국’이라는 제목의 그 다큐멘터리는 한 여학생을 비추며 시작한다. 늦은 시각까지 독서실에서 공부를 마치고 돌아온 여학생은 하루 열 시간도 넘는 학업노동의 이유에 대해 “공부를 못하면 주변에서 벌레처럼 봐요. 그래서 공부로 내몰리게 돼요.”라고 고백한다.

이어지는 장면은 한강. 한강에서 자살을 기도한 청년을 구조하는 모습을 보여주고 연간 무려 1400여 건의 구조 시도가 있었다는 정보를 전해준 뒤 다큐멘터리 진행자는 한강 다리 위에서 말한다. “이곳엔 심지어 열 살의 어린아이도 옵니다. 다른 대안이 없다고 느끼기 때문이죠.” 그 외에도 다큐멘터리는 대치동 학원가의 밤풍경과 ‘그래도 모르면 닭대가리’라는 비속어를 쓰는데도 엄청난 인기를 누리는 스타 인기강사의 모습 등도 꼼꼼히 담아냈다. 더욱이 그 다큐멘터리는 교육다큐 아닌 ‘인권 다큐멘터리’였다. 독일 도이치 벨레는 우리의 교육문제를 교육 아이템 아닌 인권 아이টে으로 다루었다. 그것은 그 나라에선 어린 학생들이 너도나도 학업노동에만 내몰리며 심지어 죽음을 선택하기까지 하는 일련의 모습들은 도저히 ‘교육’ 영역에서 용납될 수 없는 일이라 판단됐기 때문이 아닐까?

1989년 개봉된 영화 한 편은 교육계에 엄청난 파장을 가져왔다. 초콜릿 광고로 유명해진 이미연이 주인공이기 때문만은 아니었다. 실화를 바탕으로 한, 특히 열다섯 여학생의 유서를 영화에서 그대로 인용하며 영화



제목에도 활용한 사실이 몇 배의 아픔과 공감을 이끌어냈기 때문이다. 영화, <행복은 성적순이 아니잖아요> 얘기다. 영화에 다소 수정되어 등장하는 열다섯 여학생의 유서는 다음과 같다.

“난 1등 같은 것은 싫은데 앉아서 공부만 하는 그런 학생은 싫은데 난 꿈이 따로 있는데, 난 친구가 필요한데... 난 인간인데 난 친구를 좋아할 수도 있고 헤어짐에 울 수도 있는 사람인데... 모순, 모순, 모순이다. 경쟁! 경쟁! 공부 공부... 순수한 공부를 위해서 하는 공부가 아닌 멋들어진 사각모를 위해, 잘나지도 않은 졸업장이라는 쪽지 하나 타서 고개 들고 다니려고 하는 공부. 공부만 해서 행복한 건 아니잖아! 공부만 한다고 잘난 것도 아니잖아!

무엇이든지 최선을 다해 이 사회에 봉사하고, 가난하고 불쌍한 사람들을 위해 조금이라도 도움을 주면 그것이 보람 있고 행복한 거잖아, 꼭 돈 벌고 명예가 많은 것이 행복한 게 아니잖아. 나만 그렇게 살면 뭘 해. 난 로봇도 아니고 인형도 아니고 돌맹이처럼 감정이 없는 물건도 아니다. 밝히다 밝히다, 내 소중한 삶의 인생관이나 가치관까지 밝혀 버릴 땐 난 그 이상 참지 못하고 이렇게 쓴다. 행복은 성적순이 아니잖아! 행복은 성적순이 아니잖아!”

전 세계에서 우리의 청소년 자살률이 1위이고 또 학업 스트레스가 그 자살 사유의 1위라는 통계가 미처 전하지 못하는 생생한 참혹함이 영화에는 있었다. ‘착하고 바른’ 여고생의 내면에 얼마나 많은 분노와 억울함과 우울과 증오가 자리 잡고 있었는지 왜 죽음을 택할 수밖에 없었는지 영화는 너무도 적나라하게 드러냈다. 그래서 청소년들은 물론이요 교사와 학부모 등 많은 시민들이 우리 교육을 바꿔야한다 마음먹게 됐고 그것이 전

교조가 추진한 ‘참교육’ 운동의 밑거름이 되기도 했다.

그런데 이상하다. 그 영화를 보고 눈물을 쏟고, 아이들의 행복을 위해 교육을 바꾸자던 선생님들의 해직을 지켜보며 또 눈물을 쏟았던 당시의 청소년들은 지금 부모 세대다. 그럼에도 대체 왜 지금도 수많은 아이들이 ‘행복은 성적순이 아니’라며 괴로워하고 있는 걸까?

### 학원가기 싫은 날?

학원에 가고 싶지 않을 땐  
이렇게

엄마를 씹어 먹어  
삶아 먹고 구워 먹어  
눈깔을 파먹어  
이빨을 다 뽑아 버려  
머리채를 쥐어뜯어  
살코기로 만들어 떠먹어  
눈물을 흘리면 핏아 먹어  
심장은 맨 마지막에 먹어

가장 고통스럽게

2 이순영, 『솔로강아지』, 가문비, 2015

### 우울계를 아시나요?<sup>3</sup>

중학교 생활 동안 친구들이 수업시간에 제일 많이 한 말이 “아 자살하고 싶다”, “창문에서 뛰어 내리고 싶다.”였습니다. SNS는 시험기간이 되면 우울한 글들과 자살드립으로 채워지고, 비공개 계정으로 ‘우울계’가 만들어집니다. 우울계는 자해 사진, 장문의 자살기도 글 등으로 채워집니다. 위기 상태라고 보시면 됩니다. 언제 자살해도 너무나 자연스럽죠. 이게 유행처럼 되어있어요. 트위터에 #우울계\_트친소 검색해보세요. 인스타그램에 ‘우울계’ 검색해보세요. 수십, 수천, 수만 개가 나옵니다. 거의 대부분 어린 학생들이에요. 비공개 계정은 검색된 계정의 반에도 못 미칩니다.

시험 당일날은 반에서 5분의 1이 울어요. 왜 우는 줄 아십니까? ‘공부=나 자신’이라고 생각하기 때문입니다. 학생들에겐 ‘우울’이 그냥 한 문화로 자리 잡혀있어요. 점수가 잘 안 나오면 대성통곡하며 호흡이 불안정해지는 친구가 있고, 가족에게 점수를 보여주기 두려워하는 친구는 대다수입니다. 점수 확인할 시간이 되면 불안해서 일부러 확인하지 않는 친구도 있어요. 친했던 친구와 경쟁해야 하고, 공장에서 상품 찍어내듯 등급이 매겨집니다.

진짜로 심각하다고요! 잘못됨을 인지하시겠나요? 우리나라 입시구조를

바꾸어야 한다고 생각합니다. 단지 논쟁의 주제가 아니라 생명을 살려야 하는 심각한 문제라고 봅니다. 단지 시험점수 때문에, 사회구조 때문에 친구를 하루아침에 잃는 비극적인 일이 없었으면 합니다.

전자는 2015년 일명 ‘잔혹동시’로 세상을 떠들썩하게 했던 한 초등학생의 동시이고, 후자는 최근 2020년 한 인터넷 공간에 올라온 익명의 중학생의 글이다. 과연 이런 글들을 두고, 시적 표현이 다소 과격했을 뿐 과장 해석은 위험하다거나 우울은 전 세계 청소년, 청년기의 특징이고 ‘우울계’ 또한 그저 치기어린 일부 청소년들의 이상행동에 불과하다고 넘길 수 있을까?

누가 뭐래도 위 글들에선 ‘불행’이 읽힌다. 나는 지금 충분히 상처받고 충분히 아프다고, 너무나 불행하다고, 그러니 제발 당신들 어른들이 뭐라도 좀 해보라는 절규가 마디마디 배어있다. 1989년 열다섯 한 여고생의 ‘행복은 성적순이 아니’라던 절규. 놀랍게도 그 여고생의 동년배들이 부모가 된 지금도 그들의 아이들은 여전히 같은 절규를 하고 있는 것이다.

도무지 달라진 것이 없다. 아니 오히려 대학이라는 좁은 문을 위한 경쟁은 당시와 비교할 수 없을 만큼 과도해졌다. ‘초등학교 4학년’이 대입 준비의 시작점이라는 것은 이미 우리 교육계의 상식이 된 지 오래일 정도다.

나도 괴로웠지만 어쩔 수 없더라, 그러니 나도 싫지만 어쩔 수 없다. 살아보니 평범하게 살기도 결코 쉽지 않고 그 평범을 위해서라도 어느 정도의 학벌은 꼭 필요하더라. 어찌면 우리 어른들은 바로 그런 마음으로, 제 아무리 내 아이의 현재의 행복을 바라고 바란대도, 제 아무리 ‘행복은 성적순이 아니’라며 괴롭게 청소년 시절을 겪어낸 이라도, 그렇게 ‘어쩔수없다’

3 현직교사인 유튜브의 유튜브채널, ‘권재원채널’에서 권재원 교사는 “김누리 씨의 한국 반교육론을 비판한다”는 제목의 영상을 올렸는데, 위 글 “우울계를 아시나요?”는 이 영상에 대해 학생들이 올린 비판글 중 하나이다. 위 글 등 비판이 거세지자 권재원 교사는 이후 모든 댓글들을 비공개로 처리하여 현재 이 글은 보이지 않는 상태이다. (<https://www.youtube.com/watch?v=WW85BW1BEac>)

며 자신들이 어린 시절에 비난하던 어른들의 모습을 그대로 닮아가며 이기적이고도 소모적인 제로섬 줄 세우기 경쟁 구조를 존속시키고 있는 것은 아닐까?

모두가 문제임을 알지만 누구도 해결하기 쉽지 않아 그저 남들 하는 대로 내 아이에게도 줄 앞쪽에 서기 위해 달리라고 채찍질하는 우리. 그런 평범한 우리이기에 김누리 중앙대 교수가 한 방송에서 “우울한 아이”는 형용모순이다. 아이는 본래 행복한 존재인데 우울한 아이라는 표현이 나오는 이 사회는 대체 얼마만큼 잘못된 것이냐”고 날선 비판을 했을 때 이는 많은 어른들에게 부끄러움과 아픔으로 다가오기도 했다.

줄 세우기 시험 앞에서 이렇듯 부모, 교사와 같은 어른들은 아이들의 행복을 철저히 유보한다. ‘어쩔 수 없다’, ‘나도 싫지만 너도 나중에 크면 나를 이해할 것이다’라고 아이에게 또 자신에게 끝없이 변명하며.

행복유보는 김누리 교수가 지적하듯 ‘우울한 아이’라는 형용모순의 단어까지 만들어내며 아이가 아이답게 행복하지 못하게 하고, 마음껏 방황하고 고민하며 꺾테기를 벗어야 할 청소년들이 꺾테기를 깰 용기는커녕 그저 공부 열심히 하며 부모님 말 잘 듣는 ‘방황이 거세된 청소년’의 비정상적인 모습을 띠게 만든다. 그리고 급기야 마음의 고통을 참을 수 없어 몸에 상처를 내는 자해를 하게 하고 극단적인 선택에 이르게까지 한다. ‘어쩔 수 없다’고들 하지만 자해와 자살까지 가능케 하는 줄 세우기 시험의 다른 이름이 ‘아동학대’이고 ‘청소년학대’라는 데에 과연 어떤 반론이 가능할까?

### 둘, 줄 세우기 시험은 학교를 계급투쟁의 장으로 만든다

2015년, 인도에서 ‘벽 타는 부모들’이 고사장 바깥 외벽을 타고 오르는 장면이 외신에 포착돼 화제가 됐다. 커닝페이퍼를 자신의 아이에게 건네

주기 위해서였다. 중국의 고3 학생들은 시험 전날 운동장에 모여 ‘승리하자’는 구호를 외친 뒤 까오카오(중국 수능)에 임한다. 전사들이 따로 없다. 그리고 초등학생들이 자기 몸무게보다 무거운 책들을 넣은 캐리어를 끌며 이 학원, 저 학원 전전하다 늦은 밤 학원 앞에 늘어선 버스에 오르는 우리나라 학원가 풍경도 있다.

이 모습들엔 합법성·도덕성과 정도의 차이만 있을 뿐 공통분모가 있다. 대입시험이 ‘사다리’, 신분의 굴레를 벗어나 위쪽으로 오르거나 자리 지킴을 할 수 있는 사다리라는 것이 그것이다. 즉 시험의 목적을 교육학 교과서에서 ‘교육 과정에서의 성취도를 평가’ 한다고 쓰거나 교육의 목적을 ‘발달단계에 따라 배워야 할 것을 배우며 행복하기 위해서’라고 쓰든 말든, 이들에게 대입시험의 유일한 목적은 층층이 서열화된 계층 피라미드 속 ‘신분상승’, ‘지위다툼’에 있다.

우리나라에도 카스트 못지않은 계층 피라미드가 존재한다. 김낙연 교수의 연구에 따르면 2011~2013년 소득 상위 1%가 보유하는 자산 비중은 전체의 25.9%이고 하위 50%의 자산 비중은 2%에 불과하다. 통계청 자료에 의하면 2018년 연평균소득이 상위 20%는 1억3521만원, 하위 20%는 1057만원으로 소득격차가 무려 12.8배다. 그 계층 피라미드 속에서 교육은 낮은 곳의 이들이 좀 더 높고 안전한 곳에 오르는 공정하고 효과적인 방법으로 인식되어왔다. 그래서 어린 시절부터 우리 아이들은 현재의 행복을 유보하고 좀 더 급이 높은 상급학교 진학, 좀 더 높은 지위에의 도달을 위해 ‘시험’에 매달린다. 더 높은 점수를 받은 자가 더 높은 곳에 오를 수 있다. 그것은 우리사회에서 ‘공인된’ 게임의 법칙이니 그래도 되는 것이고 그래야만 한다.

바로 이것이 지난해 우리가 조국 자녀 의혹과 관련해 그렇게도 뜨거웠던 이유라고 생각한다. 모두가 꿈꾸는 신분상승이거늘 그의 자녀가 반칙

적으로 그 꿈을 이뤘다는 의심에 촛불을 드는 사람들이 있었고 반칙은 없었다며 그건 음모라는 사람들이 또 있었다.

그런데 그 속에서 우리가 간과한 것이 하나 있었다. 게임의 법칙을 어겼는지 등도 중요한 문제겠으나 관점 전환도 필요했다. 혹시 게임의 법칙 자체가 문제는 아닌지. 피라미드의 존속엔 아무 문제가 없는 것인지. 교육의 목적, 학교의 목적이 신분상승에 있어도 진정 괜찮은 것인지. 우리 사회에 보다 필요한 것은 그에 대한 논쟁이었다. 어떤 나라의 사람들에겐 인도의 벽 타는 부모들이나 우리나라의 밤 12시에 캐리어 끌고 학원버스에 오르는 초등학생들이나 똑같이 이해불가다. 당시 우리는 특정인의 입시 진위여부나 대입전형 선택 문제를 넘어 보다 본질적인 얘기, '시험의 목적이 신분상승'인 것이 과연 옳은가 하는 얘기를 해야 했다. 하지만 그러지 못했다.

과연 시험의 목적이 신분상승에 있어도 좋은 걸까. 사회학자들 중 기능론자들은 당연히 이를 긍정한다. 그들은 시험이 '사다리'가 되는 것은 당연하다는 입장이다. 계층 피라미드 속 개개인이 시험을 통해 계층이동을 할 수 있다면 그 피라미드가 아무리 가파르대도 이를 두고 사회문제라 할 수는 없다. 중요한 것은 오로지 사다리의 투명성과 공정성일 뿐이고, 사회적으로 필요한 능력을 개개인에게 잘 개발해주고 개개인을 능력에 따라 적재적소에 잘 배치하는 교육이 좋은 교육이다. 실제로 하류층에서 태어난 아이가 상류층의 아이만큼의 교육을 받을 수 있는지, 그 사다리가 진정 희망사다리인지 아니면 기만적인 희망고문 사다리인지에 대해 기능론자들은 관심두지 않는다. 층층이 계층 지어진 삶, 차별적인 삶이 펼쳐진 대도 이는 '공정하고 합리적인 차별'이다. 상류층이 하류층에게 너는 나와 노는 물이 다르다고 한 대도 이는 '선량한 차별주의자'의 정당한 태도다.

하지만 이와 같은 공정성의 믿음은 '이데올로기'에 가깝다. 가진 자들이

지배를 정당화하며 계급사회를 공고히 하고자 주입하는 거짓이념에 불과하다. 앞서 밝혔듯 시험점수에 심지어 유전자의 영향력에서조차 자유롭지 못하고 부모의 사회경제적 배경의 결정력도 결코 무시할 수 없기 때문이다.

계층이동이 자유롭다 해도 문제다. 시험 잘 보는 능력을 가진 이들은 위로 올라가고 그렇지 않은 이들은 추락하는 식으로 위아래의 구성원들만 바뀌는 것은 사회평등에 아무런 보탬도 되지 않는다. 오히려 나의 능력으로 이렇게 올라왔으니 나의 높은 보수와 지위는 너무도 정당하다고 주장하며 계층 차별을 정당화할 수 있다.

'남보다 공부를 잘 했으니까 고소득을 올려야 한다', '남보다 공부를 못했으니까 저소득을 받아들여라'라는 생각. 그것이 과연 정당할까. 고소득 가정의 학생이 고득점을 올린다는 연구들은 이미 많고도 많다.(출처 등 보충) 그렇다면 남보다 높은 성적에 '고소득'이라는 특권이 따라 붙는 것 역시 특권의 대물림이 아닐까. 이처럼 시험이 줄 세우기 기능에만 충실해 계층이동의 수단 측면에 방점이 찍히게 되면 절차의 형식적 공정성을 담보한다손 치더라도 이는 사회적 공정성과는 무관하거나 이를 오히려 저해할 우려가 있다.

보다 큰 문제는 시험이 계층이동의 수단으로 도구화되면 관련한 교육이 그 시험의 수단으로 역시 도구화된다는 점에 있다. 줄을 세우기 위해서는, 시험은 변별력만을 추구하고 학교는 시험에 휘둘러 시험만을 위한 교육을 할 수 밖에 없다.

### 셋, 줄 세우기 시험은 선량한 교육 차별주의자를 만들어낸다

교육의 목적이 시험이고 시험의 목적이 줄 세우기에 있을 때, 그리고 이 모든 것들의 목적이 위에서 언급했듯 신분상승에 있을 때, 학교는 더

이상 학교가 아닌 계급투쟁의 장이 된다. 그리고 그 속에서 교실은 붕괴한다.

교육계의 많은 이들이 ‘교실 붕괴’에 관해 ‘잠자는 아이’들을 언급한다. 수능시험과 같이 줄 세우기 위한 표준화시험이 교육 앞에 강력하게 버티고 있으면 아이들은 뛰어난 수험전문가인 학 원강사들의 수업에 집중할 힘을 비축하기 위해 교사의 수업을 듣지 않고 교실에서 벗어나 자라고, 그렇게 교실이 붕괴된다는 것이다. 그런데 생각해 보면, ‘교사의 수업을 듣지 않는 것’은 교실 붕괴의 본질이 아니다. 신분상승을 위해, 명문대학만을 위해 교실에 앉아 있는 것의 진짜 문제는 교실에서 교사와 친구들과 소통하고 마음껏 꿈을 꾸며 건강하게 성장하지 못하며 학생들 심장 깊숙한 곳까지 차별을 내면화시킨다는 것에 있다. 즉, 진짜 교실붕괴는 살아남아야 한다는 일념으로 저 높은 곳에 다다르지 못한 나를 저주하며 스스로를 차별하고, 반대로 높은 곳에 다다르면 그 이유만으로 조금이라도 낮은 이들을 차별하는 비뚤어진 괴물들을 만들어내는 ‘인성의 붕괴’다.

### 3. 줄 세우기를 정당화하는 헌법상 ‘능력에 따라’와 그 문제점

우리 헌법 제31조 제1항에는 “모든 국민은 능력에 따라 균등한 교육을 받을 권리가 있다”고 쓰여 있다. ‘능력에 따라’의 시작은 박정희 정권이었다. 제헌헌법은 ‘균등한 교육권’을 규정했을 뿐<sup>4</sup> 해당 문구는 박정희 정권 당시 1962년 제5차 개헌에서 추가됐다.(당시 제27조 제1항) 당시 개헌에

4 1941년 상해 임시정부가 공포한 ‘大韓民國臨時憲章’ 제9장 제6조는 교육에 관해 “大韓民國의 人民은 教育 納稅及 兵役의 義務가 有함”이라고 규정함으로써 ‘의무의 관점’에서 교육을 바라보았으나, 1948년 제헌헌법 제16조는 “모든 국민은 균등하게 교육을 받을 권리가 있다. 적어도 초등교육은 의무적이며 무상으로 한다. 모든 교육기관은 국가의 감독을 받으며 교육제도는 법률로써 정한다.”고 하여 ‘권리의 관점’에서 교육권을 바라보며 ‘균등한 교육권’과 ‘무상 교육권’을 규정하였다. (정종섭, 『한국헌법사문류』, 박영사, 2002)

참여한 박일경이 그 문구 추가 이유에 관해 “이러한 규정이 없으면 모든 국민이 재능여하에 불구하고 균등하게 교육을 받을 권리가 있는 것 같이 오해될 염려가 있기 때문”이라고 밝혔<sup>5</sup> 당시부터 헌법상 교육권은 능력주의를 기반으로, 즉 능력이 부족하면 어떤 교육은 제한될 수 있는 것으로 해석되었다.

헌법재판소 역시 유사한 입장이다. “교육을 받을 권리는, 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활 영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다”(93헌마192)고 하여, 경제적 배경으로 교육기회가 차단된다면 평등에 반하지만 그것이 성적에 따른 것이라면 허용가능하다는 입장이다. 교육기회 제공의 차별적 보장이 능력주의에 따르는 한 합리적이라고 보는 것이다.

헌법상 교육권에 담긴 이와 같은 능력주의는 대한민국에서 명문대학, 명문학과 입학을 두고 어린 시절부터 치열한 경쟁이 펼쳐지고 그 속에서 살아남은 소수만이 명문대학 명문학과와 교육이라는 희소가치를 독점하며 계층상승을 향해 나아가는 것을 정당화하는 명분이 되기도 한다. 우리 고등교육법은 뒤에서 자세히 살펴보듯 대학이 그 문 앞에 학생들을 일렬로 줄을 세운 뒤 성적우수자를 선발할 수 있도록 규정해놓았는데, 이는 헌법 제31조 제1항에 합치한 합헌적인 규정인 것이다.

하지만 시험능력에 따라 고등교육 자원을 차등배분하는 것은, 현행 헌

5 헌법심의회위원회의 전문위원으로 헌법 개정 참여하였던 박일경은 “능력에 따라” 균등하게 교육을 받을 권리가 있다고 한 것은 신헌법이 신설한 것인데, 이러한 규정이 없으면 모든 국민이 재능여하에 불구하고 균등하게 교육을 받을 권리가 있는 것 같이 오해될 염려가 있기 때문에 이를 신설한 것이다. 이러한 의미에서 그 능력이란 재능 기타 일신상의 능력을 말하는 것이고, 재력 기타 비전속적능력은 포함하지 않는다고 해석한다.”고 그 근거를 설명한다. (박남기, 『헌법 교육조항 개정 방향 토론 - 교육분야 개헌의 과제와 방향 탐색』, 『2017년 대한교육법학회 연차학술대회 자료집』 대한교육법학회, 2017)

법에 어떻게 써 놓았든 헌법재판소가 또 어떻게 해석하든 교육적으로 볼 때 전혀 정당하지 못하다. 앞의 내용들과 다소 중복되긴 하지만 그 이유를 간략히 정리하면 다음과 같다.

첫째, 가드너의 다중지능이론 등에 따르면 인간의 능력은 다차원적이다. 또 세계의 학자들은 4차혁명 시대에 필요한 새로운 역량들을 제시한다. 그럼에도 현재와 같이 ‘시험 잘 보는 능력’만으로 희소한 명문대 자원을 차등배분하는 것은 타당하지 않다.

둘째, 능력을 진공에서 기계적으로 측정할 수는 없다. 우리는 동일한 유전자를 갖고 태어나지도 동일한 문화자본 속에서 성장하지도 않는 만큼, 누군가의 현재 능력이 오롯이 그의 일신전속적 재능이라고 할 수만은 없다. 갑의 90점은 ‘대치동 학원발’과 ‘부모의 경제·심리적 지원’ 덕일 수 있다. 을의 50점은 ‘학원 하나 없는 지역’과 ‘부모·교사의 무관심’ 탓일 수 있다.

셋째, 교육사회학자 비고츠키는 모든 인간에게 잠재적 성장 가능성이 있고 교육은 이를 돕는 과정이라고 하였다. 그런데 스무 살 전에 능력을 드러내지 못하면 우수한 교육에서 배제시키는 방식은 현재의 능력으로 장래의 능력을 제한하고 잠재력을 개발하지 못하게 한다.

넷째, 능력주의는 ‘실질적 평등’에 반할 수 있다. 앞서 언급한 헌법재판소의 결정에는 모순이 있다. ‘능력에 따라’ 교육하면 ‘실질적 평등’에서 오히려 멀어지기 때문이다. 점수 높은 이들에겐 좋은 교육여건을 제공하고 점수 낮은 이들에겐 반대로 하면, 이미 존재하는 학습격차는 한층 심화된다.

교육학에 따른 이와 같은 근거들에도 불구하고 사실 ‘능력에 따라’는 우리사회의 오랜 상식이 된 지 오래다. 따라서 헌법 제31조 제1항에서 시험 점수에 따른 상급학교 교육 기회 제한이나 재화의 차등을 정당화하는 의

미로서의 ‘능력에 따라’라는 문구를 떼어내기란 쉬운 일이 아니다.

#### 4. 교육권 보장을 위한 교육개혁 대안, ‘고교졸업자격시험’

##### 가. 고등교육은 ‘권리’

##### (1) 우리의 고등교육 교육권을 가로막는 헌법과 고등교육법

대한민국에 사는 우리들 대부분은 ‘선량한 교육 차별주의자’다. 우리나라 학교는 초등학교 때부터 공부 잘 하는 아이에게겐 상을 주고 못하는 아이에게겐 벌을 준다. 가정도 마찬가지다. 이는 우리들의 내면에 ‘좋은 점수를 받는 것이 착한 일’이라거나 ‘시험 점수가 높으면 특혜를 얻는 것이 당연’이란 생각을 심어놓게 된다.

그런데 우리사회에서 대학입학이 ‘상’으로 여겨지는 이유는 무엇일까? 사탕이 모두에게 하나씩 주어진다면 우린 그것을 상으로 생각하지 않을 것이다. 특정인에게만 사탕이 주어질 때 그 사탕을 상으로 여기며 서로 받겠다고 경쟁하게 된다. 대학, 특히 명문대학 명문학과의 교육도 마찬가지다. 수많은 대상자들 중 일부만을 ‘선발’하니 대학 교육이 자격 있는 국민이라면 모두가 받아야 할 당연한 권리가 아닌 소수가 받는 상으로 인식되게 된다. 명문대 진학이 상이 되는 것은 대학에게 성적우수자만을 입학시킬 권한이 있기 때문이다. 그리고 대학의 성적우수자 선발권은 현재 법으로 단단히 보장되어 있다.

우리나라 대학들이 수능시험 내지 내신 성적에 따라 학생들을 줄 세워 선발할 수 있는 직접적인 법적근거는 고등교육법 제34조와 동법 시행령 제34조다.

**[고등교육법 제34조]**

- ① 대학(산업대학·교육대학·전문대학 및 원격대학을 포함하며, 대학원 대학은 제외한다)의 장은 제33조제1항에 따른 자격이 있는 사람 중에서 일반전형(一般銓衡)이나 특별전형(이하 “입학전형”이라 한다)에 의하여 입학할 학생을 선발한다. <개정 2019. 4. 23.>
- ② 입학전형의 방법과 학생선발일정 및 그 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2019. 4. 23.>
- ③ 교육부장관은 입학전형 자료로 활용하기 위하여 대통령령으로 정하는 시험을 시행할 수 있다. <개정 2013. 3. 23.>

**[동법 시행령 제31조]**

- ① 대학(원격대학은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 장이 법 제34조제1항에 따라 입학자를 선발함에 있어서는 모든 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 보장하고 초·중등교육이 교육 본래의 목적에 따라 운영되는 것을 도모하도록 하여야 한다. 이 경우 국립대학의 장은 국가의 균형발전을 도모하도록 하는 방안을 함께 강구하여야 한다. <개정 2008. 6. 5., 2014. 4. 29.>
- ② 대학의 장은 법 제34조제1항의 규정에 의한 입학전형을 함에 있어서 학생의 소질·적성 및 능력이 반영될 수 있도록 그 방법 및 기준을 다양하게 마련하여 시행하여야 한다.

고등교육법 제33조 제1항은 대학에 입학할 수 있는 사람을 ‘고등학교 졸업 자격을 갖춘 자’로만 규정한다. 하지만 그 자격자들 모두가 원하는 대학 전공에 대한 공부를 시작하는 교육 기회를 누릴 수 있는 것은 아니다. 다른 규정이 또 있어서 그렇다. 제34조 및 동법 시행령은 각 대학의 장이 위 졸업자들을 특정 전형에서 ‘경쟁’시켜 그 중 일부만 ‘선발’할 수 있다며 대학의 성적우수자 선발권을 보장한다.

자격을 갖추어도 선발되는 영광이 없으면 그 교육 문 앞에서 발걸음을

돌려야 한다. 아무리 대학교육을 받을 지적 능력이 충분하대도 일정 등수에 들지 못하면 어떤 대학, 어떤 전공 앞에서는 시작조차 해볼 수도 없다. 너무 부당하지 않은가. 너무 차별적이지 않은가. 하지만 우리사회에서 이에 관한 위 고등교육법 규정은 엄연히 ‘합리적 차별’이다. 아예 헌법에서부터 이와 같은 차별적 규정이 정당화하고 있다.

우리나라 헌법 제31조제1항에는 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 쓰여 있다. ‘그냥 균등하게’ 아닌 ‘능력에 따라’ 균등하게다. 그러니 고등학교 졸업 자격을 갖추어 대학교육에 들어서 공부를 시작할 능력이 충분한 이들이라 해도 그들에게 있어 ‘서울대 교육에 대한 권리’는 그저 ‘서울대 입학시험을 볼 기회’에 불과하고 수능시험 등에서 높은 점수를 받은 소수만이 진정으로 그 교육의 기회를 누릴 수 있는 것이다.

**(2) 유럽의 고등교육 교육권 보장 모습**

그런데 이런 ‘능력에 따라’가 없는 나라들이 있다. 노르웨이, 스페인, 멕시코 헌법엔 ‘능력에 따라’가 아예 없다. “모든 사람(국민)은 교육을 받을 권리가 있다”고만 규정한다.(脫능력주의)<sup>6</sup> 한편 네덜란드엔 헌법상 관련 규정이 존재하지 않으나 평등권을 헌법 제1조에서 규정하며 중시하는데

<sup>6</sup> 구체적인 내용은 다음과 같다. \* 노르웨이 헌법 제109조 : 모든 사람은 교육을 받을 권리가 있다. (중략) 국가기관은 후기중등교육에 대한 접근기회와 자격에 따라 고등교육을 받을 수 있는 동등한 기회를 보장해야 한다. / \* 스페인왕국 헌법 제27조 제1항 : 모든 국민은 교육에 관한 권리가 있다. / \* 멕시코 헌법 제3조 : 모든 국민은 교육을 받을 권리가 있다. (중략) 4. 국가가 제공하는 모든 교육은 무상이다. / \* 핀란드 헌법 16조 : (중략) 공공기관은 법률이 정한 세부사항에 따라 모든 사람으로 하여금 본인의 능력과 특별 요구에 따라 다른 교육 서비스를 받을 평등한 기회뿐 아니라 경제적 곤란에 구애받지 않고 자기를 개발할 기회를 보장한다. / \* 독일 연방기본법 제12조 제1항 - 모든 독일인은 직업, 작업장 및 교육장을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 독일 연방교육장려법 (BAföG) 전문 - 독일 연방 교육 지원법은 교육을 받는 학생이 생활비, 학습에 필요한 교재비를 다른 수단을 통해 충당하지 못할 때, 개별 학생의 소질, 적성, 성취도에 따라서 교육을 보장하기 위한 법적 지원 제도이다. / \* 프랑스 교육법 제 L111-1조 - 교육의 권리는 모든 사람이 개성을 개발할 수 있도록... (출처: 세계 법제정보센터, <https://world.moleg.go.kr>)

이로 인해 뒤에서 보듯 교육영역에서 평등이 매우 강조된다.

이와 같은 (북)유럽의 헌법상 교육권 조항 속 탈(脫)능력주의·범(凡)능력주의는 이 나라들의 대학입학도 우리와 판이하게 다른 모습으로 만든다. 우리는 능력에 따라 균등하게 교육 기회를 제공해도 되니 서연고서성한중경외시와 같은 대학서열이 쭉 있고 점수에 따라 갈 수 있는 대학과 그렇지 못한 대학이 갈리는 것은 당연한 일이다. 하지만 북유럽에선 ‘능력에 따라’가 없으니 특정대학·학과의 교육기회를 시험점수에 따라 줄 세워 차등 제공하는 것이 정당하다고 보지 않고 대학(원) 교육까지 최대로 평등하게, 또 무상으로 제공되는 게 원칙이다. 또 부득이 선발하는 경우에도 능력 외 요소들을 고려한다.<sup>7 8</sup>

프랑스가 대학(원) 단계에서도 평등한 무상 공교육을 지향하는 배경엔 국립대학교육이 모든 국민의 ‘권리’라는 인식이 놓여있다. 프랑스 교육법은 “모든 바깥로레아 취득자는 일반대학 공교육을 받을 권리가 있다”고 명시한다. 이에 따라 원칙적으로 바깥로레아 학위를 소지한 모든 사람은 전공, 학과 미설치 등의 특별한 경우를 제외하고, 누구나 국공립 일반대학에 입학가능하다. 또 등록금 부담 없이 공부를 시작할 수 있고 기타 다양한 지원(주거비, 생활비 등)도 제공받는다. (다만 고등교육을 받을 권리는 다양한 고등교육기관 유형 중 ‘일반대학’에만 적용되며 그랑제꼴이나 기술 분야 특수 고등교육기관과 같이 학생을 선발하거나 입학 경쟁이 치열한 고등교육기관(그랑제꼴)에 대해서도 적용되는 것은 아니다.)

독일의 대입제도 및 대입 정책도 대학교육의 공공성, 대학 평준화, 대학 교육 무상원칙, 대학교육의 주정부별 독립성 등의 배경을 전제로 이해해

야 한다. 즉, 독일에선 대부분의 대학이 국공립대학으로 각 대학별로 역사적 특징이나 지역적 특성으로 인해 강점 분야가 두드러지는 경우도 있지만 크게 보면 대학 간 서열이 없고, 원하는 모든 고교졸업자에게 ‘대학교육의 기회균등 제공을 지향하는 공공성의 원칙’으로 인해 대학교육은 무상교육으로 제한 없이 제공된다. 독일은 ‘국립대학 학습에의 균등한 참여권 및 평등하게 대학에 입학할 수 있는 권리’를 연방기본법상 직업의자유와 평등권에서 도출된 ‘기본권으로’ 인정하고 있으며,<sup>9</sup> 정원제한학과의 경우 아비투어 성적만을 반영하는 것을 금지하고 대기기간을 존중하는 등 “사회국가의 원 또한 고려”하고 있다.<sup>10</sup>

네덜란드에선 별도의 교육권 조항 아닌 헌법 제1조의 평등권이 교육제도에 강한 영향을 미친다. 네덜란드 역시 원칙상 고교졸업자격시험만 통과하면 원하는 대학·학과로 진학가능하다. 정원제한학과의 경우엔 프랑스와 마찬가지로 추첨제를 적용해오다가 2017년부터는 추첨제를 폐지하고 해당 학생의 요구와 열정 등을 에세이 등으로 파악해 선발하고 있다.<sup>11</sup>

예비고사, 학력고사, 본고사, 수능시험, 입학사정관제, 학생부 종합전형과 교과전형. 대학입시는 해방 이후 그 모습을 수없이 바꿔왔다. 그러나 입시가 아무리 바뀌어도 계단식 대학서열구조와 그 앞에서 선 아동·청소년들의 비교육적 경쟁, 초중고 공교육 붕괴와 각 가정의 사교육비 부담 등 우리 교육의 고질적 문제들은 오히려 날로 심화되었다. 그리고 이것은 헌법에 담긴 능력주의와 무관하지 않다.

헌법에 담긴 탈능력주의 내지 범능력주의 교육철학과 그에 따른 대학

7 이하의 내용은 주로 한국교육개발원의 “대학입시정책의 국제비교연구 (2014)”를 참고하였다.  
8 박성희, 『독일교육 왜 강한가』, 살림터, 2014  
정일용, 『미국 프랑스 영국 교육제도』, 서울대학교출판문화원, 2013

9 201년12월19일 독일 연방헌법재판소 결정례(Urteil vom 19. Dezember 2017 - 1 BvL 3/14) 등.  
10 독일 의대의 경우 통상 7년 정도의 대기기간을 요하는데, 이 기간에 의료기관에서 근무 내지 봉사를 하였다면 대기기간이 보다 축소될 수 있다고 한다. (박성희, 2014, 『독일교육 왜 강한가』, 살림터)  
11 정현숙, 『공교육 천국 네덜란드』, 2019, 한울



입학 교육의 최대로 균등한 제공. 그 속에서 독일 아이들은 행복하면서도 커서 노벨상을 다수 수상한다. 그 속에서 핀란드 아이들은 행복하게 적은 시간을 공부하면서도 PISA 점수가 세계 1위를 차지한다. 정말이지 권리의 보장과 개인적사회적 효율극대화라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 있는 대안이 아닐 수 없다. 우리는 근본적으로 교육기관에 들어설 권리, 즉 교육기회를 제공할 권리에 능력주의를 적용해선 안 된다는 것을 놓쳤기에 그 시작부터 잘못되어 초중등 교육이 대학입시 앞에서 완전히 왜곡되었던 것은 아닐까? 또 그럼에도 그저 대학입시의 방식만을 바꾸며 변죽만 연신 두드려온 것 아닐까? 이제라도 근본적인 변화가 필요하다.

그렇다면 과연 어떻게 우리사회의 교육권 인식 그 자체를 바꾸며 근본적인 개혁을 할 수 있을까. 앞서 ‘능력에 따라’ 교육의 기회를 차별하는 헌법 조항 자체를 문제 삼은 만큼 교육개혁이 가장 근본적인 해법이긴 하다. 하지만 이는 녹록치 않은 일이다.

### (3) 교육개혁 운동의 경과

몇 년 전부터 교육평등과 사회평등이 달성된 교육선진국들의 헌법상 교육권 규정에 비추어 우리 헌법상 교육권을 개혁하자는 움직임이 있었다. 2017년 촛불 광장의 핵심과제로 개혁이 부각되며 전국 130여 시민사회노동단체인 개헌관련연대기구, <국민주도헌법개정전국네트워크(전신 ‘헌법개정전국네트워크’)가 발족되는 등 시민사회 곳곳에서 개헌운동이 추진되었다. 당시 교육계는 헌법 제31조 제1항의 ‘능력에 따라’라는 전제조건은 성적과 경제력에 따른 교육의 차별을 사실상 인정하고 입시 위주의 획일적 교육을 초래한 문구로 꼽히므로 이는 ‘교육 균등권’을 무시한 조항으로 수정해야 한다는 의견을 강하게 피력했다. 민주사회를 위한 변호사모임 역시 이에 동참해 제31조 제1항을 “모든 사람은 평생에 걸쳐 학습하

고, 균등하게 교육 받을 권리를 가진다.”로 개정할 것을 제안하며 그 개정 취지를, “평생에 걸쳐 학습할 권리를 규정하고 현행 헌법의 ‘능력에 따라’를 삭제함으로써 균등한 교육을 받을 권리의 실효성을 강화 하는데 있다”라고 밝혔다. 이후 2018년 문재인 정부의 개헌안에는 해당 조항과 관련한 “모든 국민은 능력과 적성에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”의 변경이 담기기도 했다. 하지만 표결에서 야당의 전면 불참으로 의결정족수가 미달(192명-114명)되며 개헌안은 자동 폐기됐고 현재까지 교육개혁은 사실상 좌절된 상태다.<sup>12</sup>

이후 총선에서 더불어민주당이 압승을 거두며 개헌 추진에 기대가 실리기도 했다. 하지만 미래통합당도 여당과 정의당 등의 개헌 추진을 막을 수 있는 저지선(103석)을 확보하며 내각제 도입 등 야당이 원하는 조항이 개헌안에 담기지 않는 한 국회에서 합의가 이뤄질 가능성은 사라져갔다. 2018년 지방선거와 2020년 총선에서 개헌 투표는 이뤄지지 않았고, 민주당 당대표 선거에서 행정수도 이전, 한국대 설립 및 지역균형개발 등과 관련해 개헌 논의가 나오기도 했지만 잠깐의 이슈로 그칠 뿐이었다. 사실상 현재로서는 교육개혁을 포함한 개헌이 더 이상 우리사회의 이슈가 되지 못하고 있는 상황이다.

### (4) 헌법 제31조 제1항 제1호 ‘능력에 따라’의 재해석과 교육권 보장

하지만 현실적으로 지금 당장 개헌이 요원하다고 답이 없는 것은 아니다. ‘능력에 따라’가 잔존한대도 이를 바라보는 관점을 바꾸고 고등교육법과 같은 개별법을 개정할 수 있기 때문이다. 관점의 전환이란, 길게 늘어

<sup>12</sup> 문재인 대통령은 ‘5.18 40주년 언론 인터뷰’에서 “비록 국회를 통과하지는 못했지만 제가 발의한 개헌안 전문에 5.18 민주화운동의 이념의 계승이 담겨있었다”면서 “앞으로 언젠가 또 개헌이 논의가 된다면 헌법 전문에서 그 취지가 반드시 되살아나야 한다”고 언급한 바 있다.

선 줄에서 앞부분의 일부를 선발하는 ‘점수별’ 교육기회 차등 제공을 벗어나 ‘능력만 갖추면’ 모두에게 교육기회를 균등히 제공해야 한다는 것으로 교육적 관점을 전환하는 것을 말한다.

지금까지 ‘능력에 따라’는 ‘능력별’로 해석되어왔지만 이를 ‘일정 능력, 즉 자격만 갖추면’으로 해석해야 한다. 특히 독일의 경우 한국과 크게 다르지 않은 내용의 헌법에도 불구하고(더욱이 독일 헌법의 경우엔 교육권과 같은 사회적기본권도 헌법에 별도로 명시되어 있지도 않다) 독일 헌법재판소가 고등학교졸업자격자들에게 ‘(국립)대학교육에 대한 균등한 권리’라는 기본권이 있음을 인정한 것에 주목해야 한다.

독일 헌법재판소는 1972년 의대에 불합격한 학생들이 ‘의대에 입학하여 교육받을 권리’를 주장하며 제기한 헌법소원에서, “모든 국민은 국립대에 입학해서 교육받을 권리가 있는데, 다만 국가 재정상 여력이 부족하면 정원제한이 있을 수 있다. 또 다만 그런 경우 정부가 재정을 확충해 정원을 늘려야 한다”와 같은 내용을 밝혔다(이른바 ‘제1차 NC 결정’)<sup>13</sup>

또 2017년 역시 의대 불합격생들이 제기한 헌법소원에서 위 내용을 다시금 확인하여 “대학 지원자의 기본적인 청구권인 국립대학 학습에의 균등한 참여권 및 평등하게 대학에 입학할 수 있는 권리(기본권 제12조 제1항 제1문(우리의 직업의 자유)과 연계한 기본법 제3조 제1항(우리의 평등권)에서 도출한 기본권)”를 명시하고 “교육 및 직업선택의 자유와 연계한 일반적 평등권으로부터 주관적 허가 조건을 충족하는 자에게 국립대학에서 수학할 균등한 권리 및 이로부터 파생되는 권리인 자신이 선택한 학과에 입학할 기회의 평등이 도출된다.”고 함으로써, 독일 헌법에서 직업의 자

유와 연계된 평등권에서 위와 같은 국립대학에의 참여권 및 입학권이 도출된다고 하였다(이른바 ‘제2차 NC 결정’)<sup>14</sup>

독일의 결정은 의대 등 정원제한학과와 관련된 것들이기는 하다. 그러나 자세히 뜯어보면, 원칙적으로 누구나 고교졸업자격시험인 아비투어만 통과하면 국립대에 대해선 어느 대학 어느 학과에 대해서든 입학해 교육을 받을 권리가 기본권으로 존재하고, 다만 물적수단이 부족한 경우에는 그 기본권이 제한될 수밖에 없다는 것임을 천명하고 있다. 이처럼 독일의 대학 입학에 있어서는 원칙과 예외가 있는 반면, 우리의 경우는 원칙이 아예 없고 예외들만 존재하는 상황이다. 따라서 의대, 법대(로스쿨) 등은 논외로 하더라도, 일단 물적수단의 부족이 문제되지 않는 철학과, 사학과 등의 경우에는 독일의 원칙이 우리에게도 그대로 적용될 필요가 있다.

즉, 교육개헌 전이라도 이렇게 관점을 바꿔 우리 교육을 유치원, 초등학교 단계에서부터 왜곡시키는 대학입학제도에 관한 구체적 규정에 과감한 개정을 추진해야 한다. 구체적으로 설명하면, 대학에 입학할 수 있는 사람을 ‘고등학교 졸업 자격을 갖춘 자’로 규정한 고등교육법 제33조 제1항은 남겨두고 각 대학의 장이 위 졸업자들을 특정 전형에서 ‘경쟁’시켜 그 중 일부만 ‘선발’할 수 있다고 한 제34조와 동법 시행령 제34조를 폐지해야 한다. 한마디로 대학입학의 자격에서 ‘자격’만을 남기고 ‘선발’은 없애야 한다. 고등학교 졸업 자격을 갖추어 대학 수업을 충분히 시작해볼 수 있는 이라면 그에게 원하는 대학 교육을 차별없이 제공해야 한다.

13 홍성방, 「독일기본법과 사회적 기본권」, 『서강법학』 제11권 제2호, 57~58쪽, 계희순, 「대학입학정원제한 판결 - 1972년 7월 18일 연방헌법재판소 제1심판부 판결」, 『판례연구』 제1권 제0호, 고려대학교 법학연구원, 1982

14 헌법재판소 헌법재판연구원, 「독일 연방헌법재판소의 일반적 평등원칙 심사 - 최근의 판례 변화를 중심으로」, 『비교헌법연구』 2019-B-2, 30~32쪽

## 나. 고등교육 교육권 보장을 위한 '정원무제한 입학'

교육권의 보장 범위를 고등교육기관, 즉 대학까지로 넓힐 경우, 일정자 격만 갖추면 누구나 무상으로 원하는 (국립)대학의 원하는 학과에 진학해야 하는 것은 당연한 논리적 귀결이 된다. 이는 단순히 입시경쟁 완화 정도를 뜻하는 것이 아닌, 패러다임의 완전한 전환이다.

철저히 권리의 관점에서 문제를 바라보자. 중학교 졸업자격을 갖추면 고등학교 교육을 균등하게 또 무상으로 제공받아야 한다는 고등학교 교육에 대한 권리 의식이 우리에게 있다. 그런데 왜 대학 교육에 대한 권리의 의식은 철저히 거세되어 있는 걸까? 이제는 대학교육도 당당한 권리의 눈으로 바라봐야 한다.

예컨대 경영학을 배워 기업에서 일하고 싶은 고등학생이 있다고 해보자. 그는 대학에서 경영학 공부를 해볼 권리가 있다. '대학에서 경영학 공부에 뛰어들어볼 권리', '경영학 공부의 기회'는 구체적으로 어떻게 보장되는 걸까. (북)유럽 국가들에선 고등학교 졸업 '자격'만 갖추면 그 기회가 보장된다는데 어떻게 이것이 가능한 걸까. 그 답은 '원칙적 정원무제한 입학'에 있다.<sup>15</sup>

원칙적으로 일정자격만 갖추면 대학의 어떤 전공을 원하든 그 전공 공부의 기회를 무조건 허하는 시스템. 밑줄과 별표 열 개가 필요하다. 앞서 간략한 언급이 있었음에도 새로운 목차를 잡아 구체화해야 할 만큼 중요한 부분이다. 특히 대학서열 폐지 등을 주장하는 주로 진보 교육계의 대

<sup>15</sup> 이런 얘기를 늘 반론이 따라온다. 프랑스엔 그랑제꼴이 있지 않느냐. 독일과 네덜란드도 의대에 들어가려면 경쟁이 치열하다와 같은 것들이 그것이다. 그런데 '원칙'을 덧붙였음을 부디 간과하지 않았으면 한다. 그랑제꼴은 프랑스 전체 대학교육을 놓고 보면 5%의 소수 엘리트만을 대상으로 한 예외적 선발이고, 독일과 네덜란드의 의대 등은 이 나라들의 전공 분야 전체를 놓고 보면 역시 일부의 예외적 선발이다. (더욱이 독일과 네덜란드의 정원제한학과에서의 선발은 우리처럼 수능점수나 내신점수 같은 표준화점수에 의한 출세 우기식 선발과 상당부분 다른데 이는 뒤에서 설명하겠다.)

안들과 나의 대안이 상당부분 닮아있지만 '정원무제한 입학'과 같은 경우 완전히 다른 시각을 가지므로 자세히 설명할 필요가 있다.

2004년 정진상 교수의 '국립대통합네트워크'부터 현재 '사교육걱정없는 세상'이 제안하는 입학보장제 등까지. 대학서열해소에 관한 진보교육계의 대안은 '공동입학-공동교육과정-공동학위'를 전제로 한 대학군의 형성(그것이 국립대 통합네트워크이건 상생네트워크이건 한국대학이건 어떤 이름이건)을 공통분모로 한다. 그런데 위 대안들은 대학의 서열을 일거에 없애거나 점진적으로 완화하는 것에 초점을 맞추고 있을 뿐, 다양한 순위(소위 명문대학의 순위)에 있는 대학들이 사실은 모두가 시민의 권리의 대상이라는 점에는 크게 주목하지 못한다.

또한 진보교육계의 모든 대학서열화 해소 대안들은 하나같이 '정원무제한'을 전제하지 않는다. 즉 6만 명부터 20만 명까지 수용할 수 있는 거대 국립대가 이들의 중요한 목표인데 이 때 입학생들의 입학 시 전공 선택권은 별반 중시되지 않는다. 그저 일단 6만 명에서 20만 명의 많은 수가 하나의 대학에 들어가는 것을 가장 중요한 목표로 하고 전공 선택은 처음 입학단계에서 1지망, 2지망의 순으로 기재한 뒤 추첨으로 결정하도록 하거나, 1학년에 들어간 20만 명이 2학년 말까지 문과/이과로 나뉘어 대학교육을 받고 3학년에 올라갈 때 1,2학년 때 받은 학점에 따라 역시 1지망, 2지망의 순으로 전공이 결정되도록 하고 있다.(그 1,2학년 과정을 학부제로 하는 것이 정진상, 조기숙의 안이고 교양대학과정으로 하는 것이 민교협, 교수노조의 안이다.)

이와 같은 대안들은 거칠게 말해 '경쟁의 무의미한 유예'일 수 있다. '고등학교 내신이나 수능성적'을 '대학1,2학년 성적'으로 대체할 뿐 현재의 대학입학 시스템과 별반 다른 것이 없기 때문이다. 조기숙 교수는 위와 같이 국립대 군에 일단 대량의 학생들이 입학한 후 3학년에 전공을 선택

하는 방법에 대해 “대학에 와서 전공을 고민해 본 후에 학교를 결정하는 장점은 있지만 대학 1,2학년이 또 시험지옥이 될 가능성이 있다. 하지만 대학생이 공부를 치열하게 하는 것은 나쁠 것이 없다”고 말한다.<sup>16</sup> 틀린 말은 아니다. 아니 고등학생, 중학생, 심지어 초등학생이 공부를 치열하게 하는 것도 나쁠 것이 없다.

하지만 우리가 대한민국의 교육을 문제로 인식하는 것은 공부열기가 너무 뜨거워서가 아니다. 이상한 공부를 이상한 의식을 품고 해서가 문제다. 대학 3학년에 전공을 가르치고 이를 위해 대학1,2학년이 치열하게 공부해도 된다는 것은 무엇을 의미할까. 이는 일단 서열화 된 전공을 전제하고 그 앞에서 대학1,2학년이 줄 세우기 다툼을 해야 한다는 것을 말한다. 아직 전공의 정함이 없는 대학1,2학년은 교양영어와 같은 과목을 치열하게 공부하며 보다 앞쪽에 줄서고자 안간힘을 쓰게 될 것이고 당연히 교양영어와 같은 과목들은 줄 세우기에 적합한 표준화시험과 이를 위한 주입식 수업을 야기할 것이다.

물론 대학1,2학년에 배운 과목이 그의 전공과의 적합성이 더 높을 수도 있다. 하지만 이는 고등학교 2,3학년 문이과 정도의 적합성에 불과하다. (고등학교 1학년 때는 문이과가 모두 공통교육과정의 교과들을 배운다) 어쨌든 전공을 3학년에 가르치게 하면 대학1,2학년의 과정이 전공과정 자체는 될 수 없다. 그럼에도 이 시스템 속에서는 1,2학년의 성적이 낮으면 원치 않았던 전공에 들어갈 수 있다. 이렇게 하면 일단 ‘대학에서 원하는 교육을 균등하게 받을 권리’는 여전히 보장받지 못한다. 또다시 원하는 교육의 문 앞에서 서벌 권리만을 보장하는 대학입시가 모습만 바뀌 펼쳐지게 된다.

‘사교육걱정없는세상만들기’의 입학보장제 역시 ‘정원무제한’을 염두에

두지 않는다. 수십 만 명의 입학보장 대상자들을 균등하게 취급하는 것은 위 경우와 유사한데 다만 원하는 학과에 관하여는 추첨제가 적용된다. 경영학과를 원하지만 너무 많은 이들이 지망한다면 내가 추첨에서 떨어져 다른 전공을 선택해야 할 수도 있는 것이다.

따라서 이와 같이 대학 3학년에 전공을 선택하며 경쟁하도록 하는 것은 그야말로 무의미한 경쟁의 유예에 불과하며 학생의 교육권보다는 비인기 전공 분야의 고사를 막기 위한 마음이 더 담긴 것이 아닌지 감히 의심해본다. 대안을 마련할 때 가장 우선순위에 놓이는 것은 ‘교육권’이어야 한다. 어떤 이가 경영학을 공부하고 싶다면 그는 무조건 경영학과에 입학해 그 공부를 시작할 수 있어야 한다. 정원제한을 두어선 안 된다는 얘기다.

수업을 이해할 수 있는지에 관한 최소한의 검증은 고교졸업자격시험으로 이미 거쳤다. 더욱이 경험상 우리나라 고등학교를 정상적으로 졸업한 대부분은 (특정 전공을 제외하고는) 대학 수업을 받기 시작하는데 있어 거의 문제가 없다. 또 만일 수업을 알아들을 수 없다면 그는 상급학년으로 진학하지 못해 좀 더 오랜 시간 공부해야 하거나 아예 그 전공에서 낙오될 것이다. (이 경우 유럽의 대학들은 다른 전공분야로 옮겨가도록 하고 있다. 낙오된 전공 분야는 다시 선택하지 못한다.)

앞서 살펴봤듯 프랑스도 독일도 네덜란드도 (북)유럽 국가들 대다수가 ‘원칙상’ 정원제한이 없다. 어느 학과가 고사 위기라고 네임밸류 때문에 특정 대학에 들어온 학생들의 일부를 울며 겨자먹기로 그 학과 전공자로 하도록 만들지는 않는다. 정원제한은 오로지 시설과 교수진 등이 부족한 경우에만 가능하다. 적어도 현재 조사한 바대로라면 특정 전문직업의 수급을 고려한 정원제한도 없다. (북)유럽 모델을 언급하며 우리도 그들처럼 대학 문턱 앞에서의 무의미한 경쟁을 벗어나 진정한 교육을 하자고 하면서도 그들 교육의 핵심기재 중 하나라 할 ‘정원무제한’을 언급하지 않는

16 조기숙, 『우리 아이들은 왜 대학에만 가면 바보가 되나』, 커뮤니케이션북스, 2007

것은 참 이상한 일이다. 이들 나라들처럼 특수 전공을 제외하곤 정원제한은 없어야 한다.

프랑스는 전공별 제한에 있어서는 완전한 정원무제한 대학교육이다.(그랑제콜은 별론으로 한다) 심지어 의대, 법대에서도 그렇다. 그것이 무경쟁과 나태를 의미하진 않는다. 프랑스의 한 의대는 2019년 1500명의 신입생을 받은 뒤 생물학, 해부학 등을 가르친 뒤 그 학점으로 1년뒤 338명을 2학년으로 진급시키고 나머지는 유급시켰다. 유급된 이들은 또다시 1학년을 다니며 재도약을 노리는 이도 있고 이 길이 아니구나 하며 다른 전공을 찾아가는 이도 있다. 이렇게 프랑스처럼 완전한 정원무제한이 최선일 것이다.

방통대의 경우도 참고해볼 수 있다. 방통대는 실질적으로 정원제한 없이 수업이 진행된다. 온라인을 활용하기에 가능한 일이다. 그런데 코로나 19 시대에 우리는 ‘언택트(untact)’ 수업이 가능함을 몸소 체험했다. 토론과 협동과제수행 등을 위해 소규모 그룹을 만드는 것이 필요할 수 있다. 하지만 그것이 정원제한의 이유는 되지 않는다. 소그룹 학습은 전체 대학 수업 중 일부를 차지할 뿐이다. 또 특정 전공 분야에 학생 지도를 위해 교수가 더 필요하다 여겨질 때면 당연히 채용을 늘려서 해결할 일이기 때문이다.

생각해보면 우리가 어떤 전공을 공부해보기도 전에 내가 그 분야에서 능력과 자질이 있는지 아는 데엔 한계가 있다. 그래서 일단 그 교육을 받아보게 한 뒤 그 다음 잘 따라오면 진급시키고 아니면 낙오시키는 형태로 각 개인의 교육권을 최대한 보장하면서도 사회적으로는 각 전공에 최적화된 이들만 배출해냄으로써 효율성도 도모하게 되는 것이다. (한편 이와 같이 엄격하게 졸업하는 시스템 덕분에 아예 대학에 안가는 이들이 생겨난다는 것도 또 다른 긍정적 효과일 수 있다.)

독일이나 네덜란드, 핀란드 등 프랑스 외의 많은 (북)유럽 나라들은 의대 등은 정원제한학과로 하지만 나머지 수많은 전공들에 정원을 두지 않아 원칙상 대학입학에 있어 전공별 정원은 무제한이다. 그리고 각 전공별 수많은 학생들은 프랑스에서와 마찬가지로 과락, 유급제도 등 엄격한 학사과정에 의해 학년이 갈수록 줄게 되어, 독일 법대의 경우 입학생의 단 20%만이 졸업하게 된다.

‘전공별 무제한정원’. 이것이 현재의 우리 교육 문제를 해결할 가장 중요한 열쇠다. 이것은 교육권을 보장하기 위한 길이자 엄격한 학사과정과 함께 작동하며 대학교육과 사회의 경쟁력의 수준을 모두 높일 수 있는 길이다.

다만 한 가지 오해하지 않아야 할 것은 ‘캠퍼스별 정원제한’은 부득이 필요하다는 사실이다. 캠퍼스 별 정원제한이란, 같은 경영학과 학생이라 해도 그가 선호하는 서울의 캠퍼스가 수용력이 부족할 땐 부득이 다른 캠퍼스로 배정되는 것을 말한다. 대부분의 안들이 그 캠퍼스 배정에 있어 주로 추첨을 고려하는데, 이 경우엔 추첨이 가장 적합하다고 생각한다.

캠퍼스가 표시되지 않은 공동학위를 부여한다는 점에서 어느 캠퍼스에서 수업을 듣는가 하는 것은 학생들에게 사활을 걸 만큼의 문제는 되지 않을 것이고, 이는 지역균형발전에도 긍정적인 효과를 가져올 수 있기 때문이다. 쉽게 말해 초중고와 같이 뽕뽕이로 대학을 배정하는 것인데 대체로 평준화된 상황에서 우리는 그 뽕뽕이에 큰 불만이 없지 않나. 따라서 대학도 전공 선택권은 확실히 보장하되 캠퍼스만큼은 추첨으로 일부에게는 다소의 불이익을 감수하게 할 수도 있을 것이다.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> 프랑스는 지역 배정에 있어 줄곧 추첨에 의했다. 다만 2017년 마크롱 총리의 대대적인 대학 개혁에 따라 고교 성적 등을 반영한 선발 방식의 도입이 예고되었고 이에 최근 고교생들의 격렬한 반대 시위가 잇따르기도 했다. 한편 2017년 독일 헌법재판소는 정원제한학과에 있어 아비투어 점수를 지역을 고려해 반영해 온 것이 위헌이라고 판단하였다.

이번엔 정원제한학과를 얘기할 차례다. 많은 이들이 한국대학 등이 생기면 대학서열은 해소될지 몰라도 학과서열은 심화될 것이라 얘기한다. 그런데 나는 그것은 어쩔 수 없으며 또 대학서열과 달리 전공서열이 그 자체로 사회적 문제라 할 수는 없다고 생각한다. 오히려 경영학과 공부를 하고 싶은 학생을 인위적으로 철학과에 배정하는 것이 더 국가주의적 폭력이 아닐까. 인문학과 순수이과 분야의 고사 등은 심각한 문제가 맞지만 이 문제를 학생의 인위적 배정으로 해소하려 해선 안 된다. 그 해법은 따로 찾아야 맞고, 나의 대안과 관련해서는 각 전공분야의 학생들이 전공 공부와 함께 교양으로 철학, 사회학 등의 수업을 필수적으로 받도록 하는 정도로만 고려해야 한다고 생각한다.

의대, 경영학과 등 정원제한학과의 해법은 프랑스식과 독일식 둘 중 하나일 것이다. 나는 이에 대해 프랑스처럼 정원을 아예 두지 않는 것이 최선이라고 생각한다. 수학 점수 보다 해부학 점수로 의대 교육 기회를 보장하는 편이 훨씬 타당하다고 보기 때문이다. 즉, 프랑스처럼 1500명이나 입학시켜 338명만 남기는 식으로 입학의 문을 활짝 열고 계속 학사과정에서 학업을 따라오지 못하는 이들을 걸러내 살아남은 이들에게만 졸업자격을 주는 것이 최고의 국민 대학교육권 보장이자 대학교육시스템 효율화 방안이라고 생각한다.

우리나라처럼 '사'자 좋아하는 나라에선 너도 나도 의대 간다고 난리 날 것이라고 우려할지 모른다. 과연 그럴까? 교사시절 한 새터민학교 얘기를 들었다. 처음 이 학교 아이들은 한의대로 많이 진학했단다. 새터민 아이들을 위한 특별입학전형이 있어 하늘의 별따기라는 한의대 입학이 이들에겐 매우 쉬웠기 때문이다. 중국을 거쳐 온 아이들이 많아 중국어를 잘 하다보니 한자가 친숙해 그 공부 나도 할 수 있겠다며 한의사의 꿈을 품고 입학했지만 이들 중 상당수가 낙제됐거나 자퇴했다고 한다. 입학은

가능했지만 도무지 벽찬 학업량을 따라갈 수가 없었던 거다. 이런 경험이 반복되다보니 이제 그 학교 새터민 아이들은 대학에 진학할 경우 중문과나 사회복지학과 등의 전공은 선택해도 한의학과는 거의 선택하지 않는다고 한다.

이 얘기가 시사하는 바가 크다. 실제 독일, 프랑스 등 (북)유럽 나라들에서 대학에 목숨 걸지 않는 중요한 이유는 대학 나오지 않아도 충분히 잘 살 길들이 여럿 있기 때문인 점도 있지만 이처럼 대학만 간다고 다 되는 게 아님을 축적된 경험으로 알고 미리 피하는 점도 있다. 작가란, '글쓰기의 괴로움을 즐기는 사람'이란 말이 있다. 이들 나라에선 대학생이 된다는 게 그렇지 않을까? 공부를 좋아하는 사람이 어디 그리 흔하겠나. 대학교육을 속된 말로 '빡세계' 만들면, 이처럼 특별한 신념과 의지와 능력 등이 있어 그 괴로운 공부의 길을 너무 힘들어하지 않고 오히려 그 괴로움을 즐기며 견뎌낼 이만이 대학교육을 끝까지 마칠 수 있게 된다. 처음엔 너도 나도 의대 같지 모르지만 어느 정도 시간이 지나면 허수는 분명 사라지게 될 것이다. 새터민학교의 경험처럼.

이렇듯 나는 정원제한학과 자체를 반대한다. 다만 그래도 일부는 설치해야만 한다면 그로 인해 부득이 발생하는 선발 문제를 독일이나 네덜란드와 같은 방식으로 해결해야 한다고 생각한다. 이들은 정원제한학과와 관련해 몇 가지 원칙을 두고 있는데, 첫째 관련 직업의 수요를 고려한 것이 아니라 정부가 재정지원을 허용하는 범위와 관련해 정원을 제한하고, 둘째 수치화된 성적만을 반영하지는 않는다.

독일의 정원제한학과는, 20%는 성적이 높은 이들을 선발하지만, 20%는 대기기간이 길수록 점수를 부여해 오래 기다렸으면 정원제한학과 입학이 가능하도록 하고 있으며, 나머지 60%는 대학 재량에 맡긴다. 그런데 그 대학 재량에 있어 성적만 보고 입학시키는 것은 위헌이라는 헌법재판

소의 결정에 따라 각 대학은 성적뿐 아니라 봉사활동 같은 것을 고려해 선발하고 있다. 네덜란드는 과거엔 추첨으로 정원제한 문제를 해결했지만 지금은 정성평가에 의하는데, 즉 에세이를 보거나 봉사활동 등을 고려해 열정이 있는 이에게 우선권을 주도록 하고 있다.<sup>18</sup>

다. 교육권 보장의 현실 제어장치, ‘대학, 입학은 쉽게 졸업은 어렵게’

독일 등 유럽 교육을 얘기하거나 교육개혁을 말하는 이들이 자주 간과하는 것이 ‘대학 입학 그 후’다. 이러다 우리 애들 다 죽는다며 입시경쟁을 완화할 여러 대안을 말하지만 정작 다소 완화된 경쟁을 거치고 들어선 대학교육은 어떻게 진행할 것인지엔 거의 말이 없다.

(북)유럽은 교육권을 최대한 보장하고자 대학의 입학관문을 활짝 열어 두고 있지만 입학했다고 모두가 졸업하는 것은 아니다. 이는 매우 중요한 사실이다. 모든 사회는 ‘머리 터지게’ 공부할 이들이 필요하다. 다만 머리가 터질 만큼 공부하는 건 머리가 다 자란 다음에 할 일이다. 아직 여물지 않은 머리로 하다가 진짜 머릿속이 폭발할 수 있다.

(북)유럽의 헌법상 교육권에는 ‘능력에 따라’가 아예 없거나 성적 외 요소들(요구, 적성, 열정 등)을 고려할 수 있도록 되어 있다. 그래서 고등학교만 졸업하면 원하는 대학과 학과에 갈 수 있다. 여기까지만 들으면 (북)유럽에선 속된 말로 대학을 ‘날로 먹는’ 것 같다. 아무런 관문이 없으니 그곳에선 공부를 열심히 하는 이들은 아무도 없을 것만 같다. 하지만 우리나라 아동 청소년들이 대학에 들어가기 위해 죽어라 공부한다면 그곳에선 대학에 입학한 청년들이 죽어라 공부한다. 핀란드는 경쟁교육을 철저히

<sup>18</sup> 독일 의대의 경우 통상 7년 정도의 대기기간을 요하는데, 이 기간에 의료기관에서 근무 내지 봉사를 하였으면 대기기간이 보다 축소될 수 있다고 한다. (박성희, 『독일교육 왜 강한가』, 살림터, 2014)

금지하지만 이는 초중고 시기의 옆의 친구와의 경쟁을 금하는 것일 뿐, 대학에 진학한 이후 절대적 기준 앞에서의 자신과의 경쟁까지 금하는 것은 아니다.

“경쟁은 경쟁을 낳아 결국 유치원생까지 경쟁의 소용돌이에 말려들게 될 것이라는 사실을 국민들에게 설득시켰다. 학교는 좋은 시민이 되기 위한 교양을 쌓는 과정이다. 그리고 경쟁은 좋은 시민이 된 다음의 일이다.” 라는 에르키 아호 핀란드 전 국가교육청장의 말은, 왜 핀란드의 초중고에서 하위권 학생들에게 더 관심을 갖는지 그런 핀란드의 대학에선 왜 그렇게도 잔인하게 낙제와 유급 그리고 퇴학을 시키는 것인지를 잘 설명해준다. 시민, 즉 대학생이 된 이후 자신과의 경쟁을 하는 것은 불가피하고 필연적인 것이다.

[표 1] 고등교육기관의 관문 유형

유형		입구(입학)	교육과정	출구 (졸업과 최종시험)	해당 교육기관
1	전 과정이 쉬운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하지 않아 원하는 이는 최대한 입학하고	교육과정을 엄격하게 운영하지 않아 학생 대부분이 큰 문제가 없는 한 졸업에 이르며	졸업이 어렵지 않고 가벼운 자격시험을 거쳐 해당 자격을 취득	미국 로스쿨
2	입학이 어려운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하여 능력있는 이들만 입학하나	교육과정을 엄격하게 운영하지 않아 이들 대부분은 큰 문제가 없는 한 졸업에 이르며	졸업이 어렵지 않고 가벼운 자격시험을 거쳐 해당 자격을 취득	한국 교대
3	교육 과정이 어려운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하지 않아 원하는 이는 최대한 입학하나	교육과정을 엄격하게 운영하여 통과된 이들만 졸업에 이르지만	졸업이 어렵지 않고 가벼운 자격시험을 거쳐 해당 자격을 취득	독일 등 유럽의 대학

4	최종 시험이 어려운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하지 않아 원하는 이는 대부분 입학하고	교육과정을 엄격하게 운영하지 않아 학생 대부분이 큰 문제가 없는 한 졸업에 이르지만	졸업은 어렵지 않고 졸업 자체로 자격을 취득하나 경쟁률 높은 최종시험(전형)으로 실제 임용	한국 사법대
5	입학과 교육 과정이 어려운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하여 능력있는 이들만 입학하고	교육과정을 엄격하게 운영하여 통과된 이들만 졸업에 이르지만	졸업이 어렵지 않고 가벼운 자격시험을 거쳐 해당 자격을 취득	한국 의대
6	전 과정이 어려운 유형	교육기관의 문 앞에서 엄격하게 선발하여 능력있는 이들만 입학하고	교육과정을 엄격하게 운영하여 통과된 이들만 졸업에 이르고	졸업이 어렵고 (졸업 시험) 졸업 후에도 엄격한 선발시험을 거쳐야만 해당 자격을 취득	한국 로스쿨 일본 로스쿨

결국 조삼모사 아닌가. 역시 어디든 힘들지 않으랴. ‘결국 유토피아는 없군.’ 이렇게 가벼이 넘길 일이 아니다. ‘죽어라 공부하는 것’은, 진짜 죽지는 않는 한, 무조건 나쁜 게 아니다. 우리의 공부는, 첫째, 아동청소년이라는 어린 시기에 균형발달이 저해될 정도로 시험위주의 공부만이어서 문제이고, 둘째, 서열화 된 대학구조의 높은 지점을 위해 대학입시가 치열해지다보니 적성과 흥미가 고려되지 않은 엉뚱한 공부에만 전념하게 하며 개인적으로도 사회적으로도 낭비가 생기게 하는 공부여서 문제다.(수능시험의 경우 시험을 위한 시험이 되며 수학과 전공자가 되지도 않을 이에 게 수학 과목을 실생활과 무관한 너무 어려운 수준까지 학습하게 하는 문제가 특히 심각하고, 수시전형의 경우 부모의 사회경제적 배경 등이 반영될 여지를 완전히 차단하지 못해 생기는 문제와 내신 성적 관리를 위해 옆자리 친구와 경쟁해야 하는 비인간적 교육환경 조성 문제가 또 심각하다.)

바꿔 말하면 (북)유럽 대학에서의 치열한 공부는, 첫째, 성인기에 자신

이 선택한 공부를 스스로 한다면 발달저해나 인권침해 문제가 거의 없고, 둘째, 자신의 평생직업과 관련될 전공에 관해 실질적인 공부를 하므로 적성과 흥미에 따른 공부이니 비효율의 문제가 사라지는 것이다. 다시 강조하지만, 2019년 프랑스의 한 의대는 1500명의 입학생을 받아 1년 뒤 338명만을 2학년으로 진급시켰다. 2020년 독일의 한 법대에서 졸업하여 변호사가 된 학생은 입학생의 20%였다.

‘선발’이 필요할 수밖에 없다면 고등학교 과정에서의 삼각함수 풀이능력으로 의사 선발의 기준을 정해야 할지 아니면 해부학 과목 성적으로 정해야 할지. 당연히 후자다. 성인기에, 자신의 전공 분야를 일단 공부해보고 그에 따라 진급 여부가 결정된다면, 일단 탈락되더라도 원하는 분야의 교육기회를 균등하게 제공받았으니 그의 교육권을 단단히 보장한 것이 되고, 맞지 않는 전공을 계속 공부하지 않고 다른 전공으로 가거나 대학 외 선택을 할 수 있게 하니 개인적으로도 사회적으로도 효율적인 방향전환의 효과가 있게 된다. (한편 대학에 입학하는 게 최종목적달성이 아니라 대학에 가면 죽어라 공부해서 정말 그 공부를 잘 해낸 이들만 살아남게 된단 사실 그 자체로 대학 지원자가 획기적으로 줄어들 수 있다)

더욱이 이들 나라에선 대부분 대학(원)까지 무상교육이어서 나오되었다 하더라도 그것이 애먼 빛만 남기는 상황을 초래하지 않는다. 또 나오시키더라도 예외를 폭넓게 허용하고 평가위원회 등에서 심사를 거쳐 기회를 추가적으로 제공하기도 하므로 나오자에게 지나치게 잔인하지도 않다. 무엇보다 과락, 유급, 졸업 탈락 등은 모두 ‘절대평가’에 의한다. 앞서 대학입시에서도 정원제한학과의 선발은 예외로 절대적인 고교졸업시험에 의해 대학입학 티켓을 얻게 된다고 설명하기도 했지만, 대학에서 교육받으며 학점을 취득하는 과정에서도 평가는 절대적 기준에 의해 이루어지고 대학(원)의 졸업시험 역시 절대평가다. 점수가 아무리 높아도 상대적으로



열위라면 불합격자가 되는 불합리가 없는 것이다.

## 5. 맺으며

중학교 1학년에 도입된 자유학년제, 오연호 오마이뉴스 대표의 베스트 셀러 「우리도 행복할 수 있을까」에 소개된 덴마크의 ‘인생학교’의 영향을 받은 제도로, 학령기에 적어도 한 번은 쉬어가자는 취지였다. 하지만 현실은 ‘수행평가만 안 보고 중간·기말고사는 치르는 학년’으로, ‘가장 효과적으로 학원을 다닐 수 있는 시기’로 활용되고 있다. 초등학교와 중학교의 절대평가. 어린시기의 과도한 경쟁을 멈추는 것이 목표였으나, 오히려 학교가 가르쳐주지 않는 등수를 알기 위해 학원을 더 많이 다니게 하고 있다.

혁신학교. 초기 몇몇 혁신학교는 인근 집값을 올릴 정도로 인기였으나, 혁신학교 수업을 마치는 2시에 아이들은 교문을 나와 학원버스에 오르고 있고, 특히 대입이 목적인 혁신고등학교는 성공을 거두지 못하고 있다. 자사고. 본래 자사고는 창의, 환경, 과학 등 다양한 자율적 목표를 내세운 학교들을 가능케 한다는 목표로 시작됐으나, 자사고는 현재 ‘국영수 과목을 대폭 확대하는 자율권 행사가 가능한 학교’로 변질된 상태다.

입학사정관제. 초기 입학사정관제는 학생들의 다양한 활동을 입시에 반영하는, ‘점수가 아닌 사람을 보는 대입전형’을 목표로 했으나, 부모의 사회경제적 지위가 고스란히 자녀의 교육성과를 결정 짓게 됐다. 예컨대 교수 부모를 통해 논문을 작성하고 외부경시대회에서 수상하는 일들이 매우 합법적으로 이뤄졌으며, 강남에는 컨설팅업체가 등장하며 스펙이 돈으로 만들어지게 되었다.

‘정시보다 학종(학생부종합전형)’이 보다 교육적이라는 견해(특히 전교조

등 진보적인 교사들의 입장)도 많으나, 학생부전형 중 학종은 입학사정관제의 문제들을 완전히 해결하지는 못했고, 학생부 전형들은 모두 결국 내신전형이라는 문제를 안고 있다. 내신을 위한 중간고사 기말고사 시험은 수능시험보다 오히려 더 정답을 암기해서 쓰는 시험으로 치러지는 경우가 많고, 무엇보다 결의 친구보다 0.1점이라도 더 받아야 한다는 압박을 겪는다는 것이 너무도 비교육적이다(드라마 ‘오징어게임’에서 가장 잔인하고 슬픈 장면은 ‘공기놀이에서 짝꿍 죽이기’였음을 기억하자!). 더욱이 학종의 불편한 진실은 특목고와 자사고의 1등급과 일반고의 1등급이 결코 대학입시에서 동일하게 평가되지 않는다는 점이다(2021년 목동의 한 학교에서만 신입생 14명이 단 몇 달 학교를 다녀보고 자퇴했다. 검정고시를 거쳐 정시에 ‘올인’하는 게 공정하겠다는 과거 특목고 자퇴 대란 시처럼 자퇴를 선택하는 이들이 생겨나고 있다).

고교학점제. 2025년 전면시행이나 이미 시범 실시 되는 학교들이 있고 현재 부분 실시(물리2와 같은 진로교과 과목)되고 있다. 교사가 주도적으로 다양한 수업을 개설해 자율성을 백분 발휘하며 학생의 선택권이 보장된다는 장점이 있으나, 학생들은 수강인원이 적어 ‘1등급이 아예 나오지 않는 과목’은 알아서 기피할 수밖에 없다. 7차 교육과정의 파행처럼 수능시험에 유리한 과목들 중심으로 교육과정이 변질될 우려도 있다. 한편 고교학점제가 부분 실시되는 진로교과 과목과 관련해 교육부는 절대평가를 원칙으로 하면서도 A,B,C등급에 각 일정비율을 권고하는데, 권고에 그치므로 90% 이상을 A등급 주는 학교가 있는가 하면 30%만 A등급을 주는 학교도 있다. 이로 인해 현재에도 학생들의 불만이 있는데, 문제는 이것이 전면 실시되면 결국 대학의 선발권을 박탈하지 않는 한 학생들의 내신 성적을 결코 신뢰하지 않고 본고사, 논술고사, 구술고사 등의 대체재를 찾아내기 시작할 것이라는 사실이다. 더욱이 주로 고3 시기에 개설된 진로교과 과

목들만이 절대평가이므로 일선 학교에서는 “고1이 대입이 됐다, 고1에서 모든 것이 결정된다”며 고1 시기의 과도한 내신경쟁이 펼쳐지고 있다.

이상 최근 시도된 교육개혁과 그 실패의 구체적 모습이다. 반복된 실패는 교훈을 남긴다. 초중고 교육의 목적이 서열화된 대학들 중 한 단계라도 높은 대학에 입학하는 것에 있는 한 무엇을 어떻게 바뀌어도 대한민국에는 여전히 교육은 없고 시험만 있을 것이라는 교훈을.

초등학생들에게 운동장을 돌려주고, 청소년들이 아름다운 방향을 마음껏 할 수 있도록 하기 위해서라도 본질적인 개혁이 필요하다. 나아가 어느 교육 단계에 들어서기도 전에 줄 세워지고 내침을 당하는 것은 이들의 교육권 침해이기도 하기에 그 교육권 보장(구체적으로는 고등교육 교육권 보장)을 위해서도 본질적 개혁이 필요하다.

이 글에서 제시하는 본질적 개혁은, 고교졸업자격만 갖춘다면 누구든 원하는 대학 원하는 학과의 교육에 무상으로 들어서도록 하는 것이다. 또한 관련하여 유급 등의 제어장치의 필요성도 강조하였다. 그 개혁안에는 여러 난관이 있다. 사립대학의 비중과 권리 등의 문제를 해결해야 하며 단계별 해법을 모색할 필요 또한 있다. 그러나 적어도 ‘교육권의 침해’에 집중한다면, 시민의 교육권 앞에 명문대 출신자들의 기득권이나 사립대학들의 이익이 설 수 없음을 분명히 한다면, 해당 개혁안과 그 실현을 위한 구체적 법적 쟁송 방안 모색과 시도는 더없이 중요한 일이다.

집중분석 3
<p>타투시술에 관한 대법원의 판결 및 헌법재판소 결정의 문제점과 비의료인 타투시술 합법화의 필요성</p>
곽예람

## I. 들어가며

### 1. 타투 문화의 일상화

과거 타투<sup>1</sup>의 문화가 범죄단체와 같이 특수한 집단을 중심으로 이루어지는 일탈 내지는 하위문화로 여겨졌던 것과 달리, 현재 한국에는 타투 문화가 매우 일상화되어 있다. 눈썹문신은 기성세대 남성 정치인이 시술을 고백할 정도로 주변에서 어렵지 않게 시술을 경험한 사람을 찾아볼 수 있으며, 일반적인 타투의 경우에도, 젊은 계층을 중심으로 이미 단순한 유행을 넘어서 보편적 문화로 자리 잡은 상황이다. 주요 SNS 계정에서 ‘타투’, ‘눈썹문신’ 등 관련 키워드로 검색하면, 시술자들의 공개 계정들이 곧바로 검색되며, 이를 통하여 누구나 어렵지 않게 자신이 원하는 시술을

<sup>1</sup> 타투(Tattoo)는 협의로는 장식적 목적으로 몸에 그림이나 글 등의 상징적 이미지를 새겨 넣는 서화문신을 의미하며, 광의로는 모든 문신을 통칭하는 개념이다. 이하 관련 개념을 ‘타투’로, 이를 전문적으로 시술하는 자를 ‘타투리스트’로 통칭하고자 한다.

받을 수 있다.

실제 조사 결과 및 언론보도 등에 따르면 한국에서 단 한 번이라도 문신을 경험한 사람은 1,300만 명 정도에 이른다고 추정되고 있다. 특히 한국보건사회연구원의 2019년도 조사결과에 따르면, 2-30대의 젊은 계층의 경우 전체 응답자의 25% 이상이 문신을 경험하였다고 대답하기도 하였다.<sup>2</sup> 사회적으로 타투에 관한 경험이 증대되면서 국민들의 타투에 관한 인식이 긍정적인 방향으로 변화되고 있으며, 이러한 사회적 인식의 변화를 반영하여 기존의 타투에 대한 차별적인 제도 역시 함께 개선되고 있는 상황이다.<sup>3</sup>

즉 타투시술의 합법성과는 무관하게, 한국에서도 이미 사회적으로 타투가 하나의 일상적인 문화로서 자리 잡고 있는 상황임을 알 수 있다.

## 2. 타투 시술 및 이에 대한 처벌의 실태

그러나 현재 국내에서는, 의료법 제27조 제1항에서 규제하고 있는 무면허의료행위에 인체에 비늘을 찌러 색소를 주입하는 문신시술이 포함된다 고 해석한 1992년 대법원 판결 이후로 의료인이 아닌 자의 타투시술행위는 불법시술로 단속되어 중한 형벌로 처벌되고 있다.

그러나 여전히 국내에서 성행하고 있는 타투시술은 거의 대부분이 의료인의 자격이 없는 시술자들에 의하여 이루어지고 있으며, 의료인이 직접 타투시술을 하는 경우는 극히 드물게 찾아볼 수 있을 뿐이다. 즉 현재 시점에서 타투 시술을 받고자 하는 소비자들로서는 선택의 여지없이 의료법에 위반되는 불법 시술을 택할 수밖에 없는 것이다.

위와 같은 법적 제도와 실제 현실과의 괴리로 인하여, 현재 타투이스트가 되고자 하는 이들은 직업 선택의 자유가 침해되고 있다. 법 규정에도 불구하고 이를 직업으로 선택한 이들에게는 엄격한 처벌 규정에 따라 실형까지 선고되고 있어, 이들의 신체의 자유까지 침해되고 있다. 또한 타투이스트들은 처벌의 위험을 피하기 위하여 음지에서 작업을 수행할 수밖에 없고, 이로 인하여 작업 및 노동환경의 안전이 보장되지 못하고 있으며, 작업 이력을 은닉해야 하는 약점으로 인하여 또 다른 범죄 피해의 위험에도 쉽게 노출되고 있다.<sup>4</sup> 뿐만 아니라 국가가 타투 시술을 비현실적인 의료법 체계에 방치하고 있을 뿐 타투작업과 관련한 아무런 관리·감독을 수행하지 않음으로 인하여 타투시술을 받고 싶은 소비자들은 안전하지 못한 상황에서 타투 시술을 받아야 하는 피해를 감수하고 있는 상황이다. 이는 국민의 건강 및 보건위생의 증진이라는 의료법의 본래의 목적과 부합하지 않는, 오히려 정반대의 결과가 도출된 것이라고 볼 수밖에 없다.

2 연합뉴스 2021. 2. 16. 자 기사, [타투 300만 시대] ① '조폭 상징'엿말... "타투 인구 300만 달해"

3 예를 들어 국방부는 2021. 2. 1. 병역판정 신체검사 등 검사규칙을 개정하여, 몸에 문신이 많은 경우 4급으로 판정하여 현역에서 배제해오던 기존의 기준을 폐지하였다. 경찰은 2021. 2. 26. 경찰공무원 채용 시 내용 및 외부 노출 여부 등과 무관하게 신체에 타투가 있으면 바로 신체검사서에서 탈락시킬 수 있었던 기존의 지침을 바꾸어 혐오성, 음란성, 차별성, 기타 경찰관의 이미지를 손상시킬 수 있는 내용으로서 제복을 착용하였을 경우 외부에 노출되는 경우에만 탈락시킬 수 있도록 '경찰공무원 채용 신체검사 기준'을 개선하기도 하였다.

4 타투이스트들은 2020년 타투시술과 관련한 법률적 문제를 해소하고 문화예술계의 일반 직업으로 인정받아 자신의 노동권을 실현하기 위한 목적으로, 민주노총 화학섬유노동조합의 타투유니온 지회(이하 '타투유니온')를 설립하였다. 타투유니온에서는 조합원들을 대상으로 작업과 관련하여 발생한 법적 분쟁에 관한 상담을 진행하였는데, 2020년 3월부터 2021년 9월까지 이루어진 약 100여건의 상담 중 75%가 형사문제에 관한 것으로, 그 중 54%가 신고나 단속으로 인하여 경찰의 조사를 받았다는 것이었다. 또한 형사문제 중 19%는 고객으로부터 경찰에 신고하겠다는 취지의 협박 및 공갈 피해를 입었다는 것이었고, 그 외에 타인으로부터 성폭력 등 기타 범죄의 피해를 입었으나 타투 작업이 적발되는 것이 두려워 신고하지 못한다는 내용의 상담도 13%를 차지하였다.

### 3. 본고의 취지

본고에서는 타투 시술을 의료행위로 해석한 법원의 판결 및 비의료인의 타투 시술을 처벌하고 있는 의료법 규정이 헌법에 위반되는지 여부를 판단한 헌법재판소의 결정의 자세한 내용과 그 문제점을 검토하고, 이를 통하여 비의료인의 타투시술을 합법화해야 할 필요성을 살펴보고자 한다.

## II. 비의료인의 타투 시술에 관한 법원의 판결 및 헌법재판소 결정의 문제점

### 1. 법원의 판결례

#### 가. 의료행위에 관한 법리

의료법 제27조 제1항은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.”고 하여, 의사 면허 없이 이루어지는 의료행위를 금지하고 있으면서도 어떠한 행위가 의료행위에 해당하는지에 대하여 자세한 정의 규정을 별도로 두고 있지 않아, 이에 관한 해석을 법원에 유보하고 있다. 이에 따라 대법원은 의료행위를 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 발생할 수 있는 행위를 의미한다.”고 정의하고 있다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결 등 참조).

이 때 보건위생상 위해의 발생 우려란, 해당 행위의 대상이 되는 사람의 신체 및 건강에 위해를 끼칠 수 있는 가능성, 즉 인체 침습성을 의미한다. 문제가 되는 것은 질병의 예방 또는 치료행위가 아닌 경우에도 단순히 해당 행위에 ‘보건위생상 위해가 발생할 수 있는’ 추상적 위험성이 존재한다는 이유만으로 이를 의료행위로서 해석할 수 있는지 여부이다.

사람의 행위 중 인체에 손상을 가할 수 있는 행위는 굉장히 다양하며, 우리 형법은 고의적으로 이를 발생시킨 경우에는 ‘상해죄’로, 과실로 상해의 결과를 낳은 경우에는 ‘과실치상죄’ 등으로 규율하고 있다. 따라서 특정한 행위를 위와 같은 상해행위와 달리 ‘의료행위’로 구별할 수 있기 위해서는, 위와 같은 인체침습성에 더불어 의료법과 관련된 특별한 표지가 인정되어야 한다.

즉 대법원의 판단과 같이 질병의 예방 또는 치료행위가 아님에도 불구하고 이를 보건위생상 위해가 발생할 수 있다는 가능성만으로 의료행위에 해당한다고 보기 위해서는, 해당 행위가 “의료인이 행하지 아니하면” 위험한 행위, 즉 의료인의 전문성을 통하여 수행하는 행위이며, 그러한 전문성을 통하여만 인체에 대한 위험성이 통제될 수 있는 경우를 의미한다고 보아야 하는 것이다. 따라서 대법원의 실시 중 오히려 중요한 구성요건의 표지가 되는 것은 해당 행위의 보건위생상 위험성 그 자체라기보다, 그러한 위험성이 “의료인이 행하지 아니하면” 통제될 수 없는 것인지 여부에 달려 있다고 보는 것이 합리적이다.

## 나. 문신시술에 관한 판결

그런데 대법원은 1992년 위와 같은 기본적인 법리에 따라 판단하면서, ‘고객들의 눈썹 또는 속눈썹 부위의 피부에 자동문신용 기계로 색소를 주입하는 방법으로 눈썹 또는 속눈썹 모양의 문신을 하여 준 행위’에 대하여, 진피에 색소가 주입될 가능성이 없다고 할 수 없을 뿐만 아니라 또 한 사람에게 사용한 문신용 침을 다른 사람에게도 사용하면 이로 인하여 각종 질병이 전염될 우려가 있기 때문에 보건위생상 위해 우려가 있어 의료가법이 규율하고 있는 의료행위에 해당한다는 취지로 판시하였다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결).

위와 같은 판결이 있는 이래로 일선 법원에서는 계속해서 비의료인에 의한 타투시술을 의료법 위반의 무면허의료행위로 해석하면서, 타투이스트들을 의료법 위반죄 또는 보건범죄단속에 관한 특별조치법(이하 ‘보건범죄단속법’) 위반죄로 처벌하여 오고 있다.<sup>5</sup> 그러나 이와 같은 법원의 판결례는 죄형법정주의에 따른 기본 원칙 등을 준수하지 못한 채 피고인에게 불리한 유추 및 확대해석을 하고 있다는 문제점이 있으며, 이에 관하여는 항을 바꾸어 자세히 살펴보고자 한다.

### 다. 타투시술에 관한 법원의 판결례의 문제점

#### (1) 피고인에게 불리한 유추 또는 확대 해석에 해당함

가) 죄형법정주의 원칙에 따라 금지되는 피고인에게 불리한 유추 또는 확대 해석

<sup>5</sup> 보건범죄단속법 제5조는 「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 무면허의료행위를 한 자에게 무기는 2년 이상의 징역 및 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금 병과형을 규정하고 있다.

법률에 대한 해석은 해당 법률이 가진 목적을 고려하여 이루어질 수 있으나, 최소한 해당 법률의 문언 안으로 국한되어야 하는 한계를 가지고 있다. 특히 해석의 대상이 된 법률이 형사 법률에 해당한다면, 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 따라 피고인에게 불리한 유추 및 확대해석이 엄격하게 금지되어 있으므로, 문언의 외연을 부당하게 확대하는 것을 더욱 경계해야 할 필요가 있다.

#### 나) 의료행위의 사전적 의미

이에 따라 의료행위의 표준국어대사전에 정의된 사전적 의미를 살펴보면, ‘의료’는 ‘의술로 병을 고침. 또는 그런 일’을 의미하며, ‘의료행위’는 ‘의술을 이용하여 병을 고치려 하는 행위를 통틀어 이르는 말’이라고 정의됨을 알 수 있다. 이 때 ‘의술’이란 ‘병이나 상처를 고치는 기술. 또는 의학에 관련되는 기술’을 뜻하며, ‘의학’이란 ‘인체의 구조와 기능을 조사하여 인체의 보건, 질병이나 상해의 치료 및 예방에 관한 방법과 기술을 연구하는 학문’을 의미하는 것이다. 위와 같은 개념어들의 사전적 정의를 모두 고려하면, 의료행위란 ‘인간의 질병이나 상해를 치료하고 예방하기 위한 목적으로, 의학에 관련된 기술을 이용하는 행위’로 정리해볼 수 있다.

#### 다) 의료적 영역과 무관한 타투의 특성

그런데 타투는 위와 같은 통상적인 의료행위와 달리, 인체의 보건이나 질병 및 상해의 치료 및 예방을 위한 목적과 전혀 다른 목적으로, 의학이라는 학문분과에서 연구되는 내용과 무관한 기능을 이용하여 이루어지는 행위이다. 사람들은 자신이 아름답다고 생각하는 형태의 그림을 통하여 자신을 꾸미고자 하는 장식적 목적에서, 또는 자신이 추구하는 가치 및 신념을 표상하는 상징 및 문구를 그려 넣는 표현적 목적에 따라 타

투를 하게 되며, 이는 모두 전형적인 예술의 영역에 포섭되는 것이다. 타투에 관한 인류학적 역사를 되짚어 보더라도, 타투 문화가 의학과는 전혀 다른 영역에서 발전되어 왔음을 알 수 있다. 예를 들어 사모아 부족은 구성원의 징표로서 타투를 새겼으며, 고대 중국 등의 동북아 지역에서는 범죄 전력 등을 표시하여 사회적 낙인을 찍기 위한 목적으로 타투를 새기기도 하였다.

즉 타투는 그 본질적 특성에 비추어 보았을 때, 의술 내지 의학 등 의료의 영역과 완전히 다른 영역에서 발전되어 온 것이며, 상충되는 목적을 지닌 행위에 해당함을 알 수 있다. 이에 따라 타투 시술이 성행하고 있는 현재 시점에서, 여전히 의료인들에 의한 타투 시술은 극히 드물게만 이루어지고 있다. 이러한 현상은 단순히 한국에서 타투 시술이 사회적 금기로 여겨졌기 때문이라는 것이나, 의료인들에게 타투 시술을 수행할 동인이 적다는 현실적인 사정에서 기인한 것이라고 볼 수 없다. 오히려 이는 타투시술이 갖고 있는 심미성과 예술성이라는 본질적인 특성에서 비롯된 것으로 보아야 한다.

현행 의료법 체계 내의 어려운 수련을 거쳐 의료인으로서의 자격을 갖추더라도 타투 시술의 예술성을 연마할 수는 없으므로, 타투 기술 및 예술성에 관한 수련의 과정을 별도로 거쳐야 한다. 이러한 모든 과정을 거쳐 의료인으로서의 전문성과 예술적 재능을 동시에 갖춘 매우 희귀한 경우에만 타투시술을 수행할 수 있는 것이므로, 직업적 타투리스트가 되고자 하는 이들이 단지 의료인으로서의 자격을 갖추기 위하여 의과대학의 과정을 택할 동인은 현저히 떨어질 수밖에 없는 것이다.

뿐만 아니라 타투시술은 위와 같은 특성으로 인하여 여타의 의료행위와는 매우 이질적일 수밖에 없으며, 이에 따라 타투시술을 통상적인 의료법의 체계 내로 포섭하는 데는 난점이 있을 수밖에 없다. 후술할 바와 같이 한국을 제외한 국가에서는 현재 타투 시술을 의료행위로서 규율하고 있지 않기 때문에, 대부분이 해외에서 수입되는 타투 시술을 위한 작업 도구가 의료기기 내지 의약품에 준하여 제작 및 관리되는 경우를 찾아보기 어렵다. 따라서 의료인이라고 하더라도 의료 관련 법체계의 모든 지침을 준수하여 타투 시술을 수행하는 것은 사실상 불가능한 일이다. 즉 현재 한국에서는 그 누구라도 법적인 이슈 없이 타투시술을 작업하기 어려우며, 사실상 국가가 타투시술을 전면적으로 금지하고 있는 것과 다를 바 없는 상황을 알 수 있다.

위와 같은 점에 비추어 볼 때, 의료법은 본래 의료인의 자격 및 의료인과 의료기관이 준수해야 할 의무 등을 규율하고 있는 법률인데, 이에 더불어 의료와 무관한 영역에서 이루어지는 위험한 행위까지 광범위하게 포괄하고 있는 것이라고 볼 만한 추가적인 근거를 찾기 어려운 이상, 의료목적 및 장면과 무관한 영역에서 이루어지는 타투시술을 의료법상의 ‘의료행위’에 해당한다고 보는 것은 합리적 근거 없이 법률을 피고인에게 불리하게 유추 또는 확대하여 해석하는 것이라고 보아야 한다.

라) 한국과 유사한 법제를 가진 일본의 해석례

참고로 일본은 ‘의사법’ 제17조를 통하여 ‘의사가 아니면 의료업(醫業)을 해서는 아니 된다.’고 규정함으로써 한국과 마찬가지로 의료행위(醫行爲)에 관한 별다른 정의 규정 없이 법관의 해석에 유보하고 있다. 이에 대하여 일본의 판례는 의료행위에 대하여 “의사법 제17조에서 말하는 의료업

의 내용으로서의 의료행위는 의사가 할 것이 아니라면 보건 위생상 위해를 일으킬 우려가 있는 행위를 말하는 것”이라고 정의하고 있었다.

그런데 일본 오사카 고등법원은 2018년 위와 같은 기존의 판결 법리를 해석함에 있어서, “어떠한 행위를 사회통념상 의료행위에 해당한다고 보기 위해서는 해당 행위의 ‘의료관련성’이 당연히 전제되어야 하는 것이고, 그것이 보건위생상의 위해 우려가 인정된다고 하여 의료와 전혀 무관한 국면에서 이루어지는 ‘문신시술’까지 의료행위에 해당한다고 볼 수 없다”고 판시함으로써, 의료행위로 규율되는 표지에 ‘의료관련성’이 전제되는 것이라고 판단한 바 있다.<sup>6</sup> 위의 판결은 2020년 일본 최고재판소가 “피고인이 행한 타투시술은 사회통념에 비추어 의료 및 보건지도에 속하는 행위라고 인정하기 어려우며, 의료행위에 해당하지 않는다”고 판시하며 검사의 상고를 기각함으로써 확정되었다.<sup>7</sup>

한국과 의료에 관하여 유사한 법제를 가진 일본에서 단순히 특정 행위의 보건위생상 위해 우려를 기초로 의료행위 해당성을 판단하는 것이 아니라, 해당 행위의 의료관련성 내지는 사회통념에 비추어 의료 및 보건지도에 속하는 행위로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하고 있고, 그러하지 않았다면 무리한 확대해석에 해당할 수 있다고 지적하였다는 사실은, 한국의 유사 사안을 판단함에 있어서도 충분히 참고할 만한 사정이다.

6 日本 大阪高等裁判所 平成30年11月14日(2018년 판결)

7 日本 最高裁判例 令和2年9月16日(2020년 판결)

## (2) 의료인을 통하여만 보건위생상 위험성이 통제되는 행위에 해당한다고 보기 어려움

가) 의료인이 행하지 않으면 보건위생상 위해가 발생할 수 있는 행위의 의미

한편 상술한 바와 같이 특정한 행위를 의료행위로서 구별하는 표지는, 단순히 해당 행위에 보건위생상 위험성이 존재하는 사정을 말하는 것이 아니라, ‘반드시 의료인이 독점적으로 수행하지 않으면 통제될 수 없는 위험성이 있다는 점’을 의미하는 것이다. 그러나 아래와 같은 사정들에 비추어 보았을 때, 타투시술의 보건위생상 위험성이 반드시 의사를 통하여만 통제되는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 기존의 대법원 판결 법리에 비추어 보더라도 타투시술이 의료행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

나) 타투시술이 갖는 보건위생상의 위험성의 내용

타투시술의 보건위생상 위험은 크게 ① 타투시술 자체로서 피부 손상을 야기하며, 그로 인하여 발생하게 되는 신체의 흔적 자체가 이른바 ‘문신흔’이라는 상해로 분류된다는 점, ② 색소 등 외부 물질이 체내에 주입됨으로 인하여 유발될 수 있는 피부 알레르기 위험이 있다는 점, ③ 시술 과정 중에서 발생할 수 있는 감염의 위험이 있다는 점의 세 가지로 나뉘어 볼 수 있다.

먼저 ①번 위험의 경우, 바늘로 피부를 찔러 발생할 수 있는 손상은 타투의 기법 자체에서 발생하는 것이므로 의사가 수행한다고 하여 피할 수 있는 것이 아니고, 그로 인한 손상의 정도는 통상적으로 곧바로 회복될 수 있는 정도의 경미한 수준에 불과하다. 또한 타투를 통하여 인체에 오랜 기간 남게 되는 ‘문신흔’의 경우, 시술을 받는 사람이 ‘원하는’ 모습의 문신흔 자체가 문제가 된다고 보기 어려울 뿐 아니라, 원치 않는 형태의

흔적을 방지하는데 있어서는 오히려 의료전문성과 무관한 예술적·기술적 수련이 요구된다는 점에 비추어 볼 때, 이는 의사를 통하여 통제되는 보건위생상의 위험성에 해당한다고 보기 어렵다.

다음으로 ‘②번’ 및 ‘③번’ 문제의 경우, 신체의 건강에 관한 것으로서 의료인의 전문영역에 포함되는 것은 사실이나, 이 역시 의사의 전문성을 통하여만 통제될 수 있는 문제에 해당한다고 보기는 어렵다. 피부 알레르기는 사용되는 염료의 특성 등에 따라 발현될 수 있는 것이므로 위와 같은 위험은 의료인의 전문적인 기술 그 자체에 따라 감소되는 것이 아니라 염료 등의 적절한 관리를 통하여 규제하는 것이 보다 적절한 방식에 해당하기 때문이다. 한국은 현재 타투시술을 의료행위로 보고 있으면서도, 이에 사용되는 염료는 식품의약품안전처에서 관리하는 의약품이 아니라, ‘생활화학제품 및 살생물제의 안전관리에 관한 법률’상 ‘안전확인대상 생활화학제품’으로 분류하여 이미 안전성을 관리하여 오고 있다.

감염의 위험성 역시 의료인의 전문성 그 자체 보다는 작업환경 및 작업바늘의 재사용 금지 등 시술방식을 위생적으로 할 수 있도록 규제함으로써 감소시킬 수 있다. 실제로 공중위생관리법에서 규율하고 있는 미용업이나 이용업의 시술 중에서도 출혈의 위험이 있는 시술이 존재하나, 동법의 시행령 및 시행규칙 등을 통하여 업소가 갖추어야 할 위생기준과 시술 중 이행해야 할 위생지침 등을 규정하여 따르게 함으로써 감염의 위험성을 낮추고 있다.

다) 소결

즉 위와 같은 사실에 비추어 보았을 때, 타투시술이 비록 인체에 침습적

인 속성을 가지고 있어 피부 손상과 알레르기 및 감염의 위험성 등 보건위생상 위험성을 가지고 있는 것은 사실이나, 그와 같은 위험성이 반드시 의사의 전문적 기술을 통해서만 통제될 수 있는 정도에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이를 ‘의사가 행하지 않으면 보건위생상 위험성이 있는 행위’에 해당한다고 해석할 수는 없다.

(3) 국민의 일반적인 인식 및 비교법적 관점에 반하는 판단

가) 타투에 관한 국민의 일반적인 인식

다음으로 국민의 일반적인 인식 및 비교법적 관점에 비추어 보더라도, 타투시술이 의료행위에 해당한다고 보기 어렵다. 상술한 바와 같이 현재 타투시술은 의료기관의 바깥에서 비의료인에 의하여 성행하고 있고, 소비자들 역시 이에 대하여 의문을 제기하지 않으며 의료기관이 아닌 전문 타투리스트들을 찾아 시술을 받고 있는 것이 사실이다. 통상적으로 타투리스트들은 자신의 작품(타투의 도안 또는 실제 시술 사진)을 포트폴리오로 만들어 외부에 공개하고, 소비자는 이를 통하여 타투리스트의 회화 능력 및 타투 기술 등을 확인한 후 직접 연락을 취하여 자신이 원하는 내용의 타투를 시술하게 된다. 이는 통상적인 의료행위가 이뤄지는 태양보다는, 미술 작품을 주문제작하는 방식 또는 미용사에 의한 미용 작업 등에 더 가까운 것으로 보이며, 실제 국민들 역시 타투 시술을 이와 별반 다르지 않은 행위로 이해하고 있는 것이다.

나) 의료 및 타투시술에 관한 해외 입법례

한편 알려진 것처럼 해외에서는 영미권, 유럽, 아시아 권역 전체를 통틀어 보더라도, 한국을 제외하고는 더 이상 타투시술을 의료행위에 준하여 해석하거나 규율하고 있는 국가를 찾아볼 수가 없다. 이러한 사정은 의료



행위의 태양을 한국과 달리 법률에서 자세히 열거하고 있는 국가나(예를 들어, 미국의 콜로라도 주), 한국과 같이 의료행위에 관한 별도의 정의 규정 없이 포괄적으로 규정하여 해석에 유보하고 있는 국가(일본 및 태국<sup>8</sup>) 모두에서 공통적으로 발견되는 특징이다. 또한 타투에 관하여 별도의 법규를 두고 있지 아니한 국가들(캐나다, 독일 등)도, 관련 법규를 두고 있는 국가(프랑스<sup>9</sup>, 호주<sup>10</sup>, 태국<sup>11</sup> 등)와 마찬가지로 타투를 의료행위로 보지 않는다.

한국의 의료법 규정이 의료행위에 관하여 구체적인 정의 규정을 두고 있지 아니 하는 이상, 의료행위의 개념을 해석함에 있어서는 국내 사정 뿐 아니라, 위와 같은 해외의 입법 및 해석례 또한 주되게 고려되어야 할 필요가 있다. 현재 국내에서 성행하고 있는 타투 문화의 주류는 서구권에서 유행하는 문화가 수입된 것으로서, 타투 문화 및 그에 대한 제도가 발전되어 온 역사를 참고할 수 있을 뿐 아니라, 타투시술이 인체에 미치는 영향은 국내외 사정과 무관하게 전 인류에 보편적인 특성을 지니고 있다고 평가할 수 있기 때문이다.

8 태국의 의료법(The Medical Profession Act BE, 2525(1982))은 Section 26을 통하여, 각호에 따른 예외적인 경우를 제외하고는 이 법에 따라 등록된 의료인(the medical practitioner)이 아닌 이상, 의료행위(the medical practices)를 수행하거나, 의료행위를 할 수 있는 자로 칭할 수 없다고 규정하고 있는데, 우리와 마찬가지로 의료행위가 무엇인지에 대하여 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다.

9 프랑스의 공중위생법(Code de la sant publique) 중 'Chapitre Ier : Tatouage par effraction cutan e et per age (Articles R1311-1 R1311-13)' 부분에서 타투시술자의 신고, 교육이수, 시술업소 관리 및 시술절차 등에 관한 규정을 두고 있다.

10 호주의 뉴사우스웨일즈 주는 2012년 'Tattoo Parlours Act'를, 퀸즈랜드 주는 2013년 'Tattoo Industry Act'를 제정하여 타투에 관한 별도의 규정을 두고 있다.

11 태국은 2019년 '피부 문신 및 신체 피어싱에 관한 규정'(Skin Tattooing and Body Piercing BE2562)을 제정하였다.

(4) 타투이스트의 기본권을 침해하는 위헌적 해석

무엇보다 이와 같은 대법원의 판단은 사실상 타투시술을 전면적으로 금지하는 것과 같은 효과를 낳음으로써, 타투이스트들의 직업선택의 자유 및 타투를 통한 예술적 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 것이고, 이는 헌법에 반하는 위헌적 해석에 해당한다.

외양상 위헌인 것처럼 보이는 법률일지라도 헌법정신에 맞도록 해석될 여지가 있으면, 법원은 최대한 국민의 기본권을 침해하지 않는 방향의 합헌적 법률해석을 하여야 한다. 그러나 위와 같은 대법원의 판결은 오히려 법 문언의 본래적 의미에는 위헌적 해석의 여지가 적으나, 과도한 확대해석을 통하여 기본권을 침해하는 위헌적 해석을 취하고 있다는 점에서 큰 문제가 있다고 볼 수 있다.

위와 같은 해석으로 인하여 의료법 규정이 구체적으로 어떠한 위헌적 요소를 갖게 되는지에 관하여는 아래의 헌법재판소 결정에 관한 검토 부분에서 다시 자세히 살펴볼 것이다.

2. 헌법재판소의 결정례 및 그 문제점

가. 헌법재판소의 결정의 요지

(1) 헌법재판소 선례의 요지

헌법재판소는 2007년 처음으로 문신시술을 의료행위로 보아 처벌하는 의료법 제27조 제1항 및 보건범죄단속법 제5조에 대하여 합헌 결정을 한 바 있다. 이 때 헌법재판소는 의료법상의 여러 규정 및 의료행위의 개념

에 관한 대법원판례 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률의 의료행위는 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없고, 문신시술행위가 의료행위에 해당하는지 여부는 사실인정과 그에 터 잡은 법률의 해석·적용상의 문제로서 이에 대한 판단은 법원 고유의 권한이므로 헌법재판소가 판단할 문제가 아니라는 취지<sup>12</sup>로 보았다(헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 결정).

그 후 몇 년간 이 사건 법률조항에 관하여 지속적인 합헌 취지의 기각 및 각하 결정이 있었고, 2016년에는 헌법재판소는 재판관 7인의 다수의견으로 동 법률조항이 명확성 원칙에 위배되지 아니하며, 부작용 등 건강상 위험이 내재되어 있는 이상 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 이행하기 위한 적합한 조치로서 이뤄진 것으로 기본권 제한의 비례의 원칙에 부합하는 것이므로 청구인의 직업의 자유 등 기본권을 침해한다고 볼 수 없어 기존의 선례를 변경할 필요가 없고, 보건범죄단속법이 의료법 위반에 비하여 중한 형벌을 규정하고 있다고 하더라도 책임과 형벌 간의 비례 원칙 및 헌법 제11조의 평등원칙에 반하지 아니한다는 취지로 결정하였다(헌법재판소 2016. 10. 27 선고 2016헌바322 결정).

**(2) 선례 결정 이후의 사정**

위와 같은 헌법재판소의 선례가 있는 후 한국 사회에는 타투에 관한 광범위한 유행 및 사회변화가 이루어졌고, 타투 합법화에 대한 사회적 요구 역시 점점 커지게 되었다. 지난 19~20대 국회에서도 김춘진, 박주민 의원에 의하여 문신사법안이 발의된 바 있으나 임기만료로 폐기되었는데,

<sup>12</sup> 헌정위헌심판 청구의 적법성을 인정하는 2012년 헌법재판소 결정이 선고된 이상, 이와 같은 취지의 결정은 그대로 유지되기 어렵다.

21대 국회에서는 높아진 국민적 관심에 따라 박주민 의원의 문신사법, 류호정 의원의 타투업법을 포함하여 총 6개의 관련 법안이 발의되기도 하였다. 그러나 여전히 소관 상임위에서 제대로 된 논의가 이뤄지지 못하고 있는 상황에서, 문신사중양회, 타투유니온 등의 관련 단체 및 다수의 타투이스트들이 헌법재판소를 통하여 이 사건 법률조항의 위헌성을 판단받기 위하여 헌법소원심판을 연이어 청구하게 되었던 것이다.

**(3) 2022년 헌법재판소 결정**

헌법재판소는 2022. 3. 31. 문신시술과 관련한 의료법 및 보건범죄단속법 조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판 청구를 병합하여<sup>13</sup>, 5년 여 만에 새로운 결정을 선고하였다. 그러나 달라진 사회 분위기와 청구인들의 심각한 기본권 침해 실태에도 불구하고, 여전히 재판관 5인의 합헌 취지의 결정으로서 청구인들의 헌법소원을 기각 및 각하<sup>14</sup>하는 결정이 내려졌다. 그 요지는 다음과 같다. “이 사건 법률조항은 명확성 원칙에 위배되지 아니하고, 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다. 비의료인에게 문신 시술을 허용하게 되면 문신시술로 인한 부작용에 대하여 의료인과 같은 체계적 대응을 보장할 수 없으며, 외국 입법례와 같이 문신시술자의 교육 및 시술방법 등을 관리하는 등으로 비의료인에게 문신시술을 허용하는 대안이 제시되나 이와 같이 완전히 새로운 제도를 운영하는 데에는 상당한 사회적·경제적 비용을 발생시키는 것인바 위와 같은 대안을 채택하지 아니하였다고 하여 헌법적으로 허용되지 않는다고

<sup>13</sup> 이 사건 법률조항에 관련된 구체적 형사재판을 전제로 하는 헌법재판소 제68조 제2항 헌법소원심판 청구 사건들은 병합되지 아니하였다.

<sup>14</sup> 일부 청구인은 비의료인의 문신시술 합법화와 관련된 법률을 제정하지 아니한 입법부작위의 위헌확인을 함께 구하였으나, 현재는 이에 대한 국가의 입법 의무가 있다고 볼 수 없으므로 부적법하다는 취지로 청구를 각하하였다.

보기 어렵고, 이를 통하여 달성하고자 하는 국민의 생명권과 건강권 보호라는 공익이 제한되는 직업선택의 자유보다 중요하므로 법익의 균형성 역시 인정되어 과잉금지원칙에 위반되었다고 볼 수 없기 때문이다.”

이에 대하여 재판관 이석태 등의 4인<sup>15</sup>은 다수의견과 달리 청구인들의 직업선택의 자유가 침해되어 위헌이라는 취지의 반대의견을 표명하였는데, 그 요지는 다음과 같다. “문신 기술은 일반적인 의료행위와는 다르게 개성이나 아름다움을 표현하기 위해 이루어지는 것으로서 구별되는 특성을 갖고 있다. 문신 기술로 인한 인체 침습 및 감염 등의 위험을 예방할 필요가 있는 것은 사실이나 이는 의료와 구별되는 독립적 제도를 통하여 충분히 규제할 수 있는 것이 이미 해외 입법례를 통하여 드러났고, 문신 기술의 특성상 단순히 안전한 기술에 그치는 것이 아니라 창의적이거나 아름다운 표현이 가능한 기술을 갖추는 것이 필요한데, 오로지 안전성 측면만을 강조하여 의료인에게만 문신기술을 허용하는 것은 현실에 부합하지 않는 제도를 고집하는 것이고, 이는 증가하는 문신기술 수요를 제대로 충족하지 못하여 오히려 불법적이고 위험한 기술을 조장하는 것이다. 즉 해외 입법례와 같이 기본권을 덜 제한하는 실효적인 대안이 있음에도 비 의료인에게 문신기술을 업으로 하는 것을 일절 금지하는 대상조항은 침해의 최소성을 충족하지 못한다. 또한 대상조항은 사실상 문신기술업 자체를 금지하는 것과 다름이 없는데 문신 기술은 여타의 무면허의료행위와 달리 질병의 치료 및 예방 등을 표방하지 아니하고 방법 등이 정형화되어 있어 위험 역시 통제 가능한 수준이므로 이를 금지함으로써 얻을 수 있는 공익이 침해되는 기본권에 비하여 중대하다고 볼 수 없다. 따라서

15 재판관 이석태, 이영진, 김기영, 이미선

대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 것이다.”

#### 나. 헌법재판소 결정의 문제점

##### (1) 명확성 원칙에 위배됨

헌법상 명확성 원칙이 충족되었는지에 대한 판단은 법률 전문가가 아닌 ‘건전한 상식을 가진 일반인’을 기준으로 이루어져야 하는 것이다. 수십 년간 타투 뿐 아니라 심지어 누구나 간단하게 수행할 수 있는 피어싱 등의 행위까지 의료행위로 판단되어 왔으나, 여전히 일반인들 사이에 이를 의료인이 독점적으로 수행해야 하는 의료 전문적 행위라는 인식이 형성되어 있다고 보기 어려운 이상, 과연 일반인들의 관점에서도 의료행위의 의미가 확립되어 있는지 의문일 수밖에 없다. 또한 해당 법규가 의료행위의 사전적 의미를 일탈하여 의료와 무관한 영역에까지 지속적으로 잘못 내지 확대 적용되어 오면서 장기간 불필요한 사회적 갈등을 빚어온 이상, 의료행위가 무엇인지에 관하여 최소한의 징표조차 두지 아니한 채 방치하고 있는 의료법 조항의 명확성 원칙이 준수되었다고 보기 어렵다.

##### (2) 타투이스트의 직업의 자유 등 기본권을 침해함

현재의 다수의견은 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업 선택의 자유를 침해하지 아니한다고 보았으나, 이는 현재 청구인들이 입고 있는 기본권 침해 상황을 실제와 달리 축소하여 보았기 때문인 것으로 보인다. 타투의 본질적 특성 및 발전 과정이 의료체계와 괴리가 있어, 의료인의 자격을 가진 자라고 하더라도 온전히 합법적인 방식으로 타투기술을 하는 것이 불가능한 상황이라는 사실은 앞서 살펴본 바 있다. 이 점에 비추어 볼 때,

의료법 규정에 타투시술을 포섭하는 조치는, 타투 시술에 대한 부정적 인식을 바탕으로 그 자체를 제한하거나 금지하기 위한 목적 하에 이루어진 것으로 볼 수밖에 없다. 이와 같이 특정한 행위 내지 직업선택의 자유가 전면적으로 제한되고 있다면, 이를 명백하고 현존하는 위험이 아니라 추상적 위험만을 방지하기 위한 목적만으로는 정당화할 수 없다.

위와 같은 현상을 단순히 자격제도를 통하여 주관적 직업선택의 자유가 제한되고 있는 것이라고 축소하여 보더라도, 이 사건 법률조항은 여전히 타투이스트의 직업의 자유 및 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 것이다. 재판관 4인의 반대 의견이 지적하고 있는 바와 같이, 다른 제도적 대안이 존재함에도 불구하고 중대한 신체형을 통하여만 목적을 달성하려고 하는 것은 침해의 최소성을 충족하지 못한 것으로서, 과잉금지원칙에 위배되어 기본권을 침해하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다.

타투시술로 발생할 수 있는 건강상 부작용을 방지해야 할 필요가 있다는 헌법재판소의 우려는 이해할 수 있다. 그러나 이미 미국, 유럽 등 주요 국가의 타투 관련 정책을 통하여, 이를 통제할 수 있다는 점이 실증되었다고 할 것이다. 증명된 대안이 존재함에도 불구하고, 현재 다수의견과 같이 발생 가능성이 현저히 낮은 ‘응급 상황의 대처 필요성’ 등을 이유로 의료전문가가 직접 타투시술을 수행해야 한다는 판단은 합리적이지 않다.

**(3) 자격 등 관련 제도 신설이 입법 재량의 영역이라는 점이 기본권을 침해하는 현존 제도를 정당화할 수는 없음**

한편 다수 의견은 의료인이 아닌 다른 자격 제도를 통하여 타투 시술이 규제되고 있는 외국 사례를 인정하면서도, 자격 제도의 신설은 사회적 비

용이 소요되는 입법 재량의 영역이라는 점을 강조하며, 이를 합헌 결정의 주요 이유로 제시하였다.

그러나 이러한 다수의견의 판단은, 기본권 제한 시 가장 덜 침해적인 방식으로 이루어져야 하고, 따라서 동일한 목적을 달성할 수 있으면서 기본권을 덜 제한하는 대안이 존재하는 경우에는 최소 침해성 요건이 충족되지 못하여 헌법상 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 보아야 한다는 가장 기본적인 법리에 반하는 것이다. 현존하는 제도가 기본권 제한의 한계를 일탈하여 국민의 자유를 침해하고 있는 이상 이는 이미 헌법에 위반되는 것이며, 이를 대체하는 제도를 신설하는 데 비용과 시간이 소요되어 입법자가 구체적인 내용을 결정해야 한다는 이유만으로 위헌적 법률을 정당화할 수는 없는 것이다.

또한 헌법재판소는 ‘계속적용 헌법불합치 결정’ 등으로 국회의 입법재량을 존중하면서 입법공백에 대처하기 위한 변형된 형태의 결정들을 선고해오기도 하였다는 점에 비추어 볼 때, 자격제도 신설이 입법 재량에 해당하는 점을 이유로 단순 합헌 취지의 결정을 선고한 이번 결정을 이해하기 어려운 측면이 있다.

**(4) 타투 소비자들의 기본권 침해를 판단하지 아니함**

한편 헌법재판소는 청구인들의 직업적 시술자로서의 기본권 침해 여부만을 판단하였고, 타투 소비자들이 자유롭게 타투시술을 받을 수 없는 상황의 기본권 침해 여부에 대하여는 판단하지 아니하였다. 이 사건 법률이 청구인들의 타투 시술을 받을 자유를 제한하는 것은 아니라고 보았기 때문이다.

그러나 상술한 바와 같이 이 사건 법률조항으로 인하여 소비자가 합법적 기술을 선택하는 것이 사실상 불가능한 상황이고, 이는 단순히 우연적인 상황에서 기인한 것이 아니라 타투의 본질적 특성과 의료 체계와의 괴리 그 자체에서 기인하는 것이다. 그럼에도 단순히 소비자의 기본권 제약이 이 사건 법률의 간접적 효과에 해당할 뿐이라는 이유로 그 기본권 침해 여부를 판단조차 하지 아니하는 것은 기본권 제한의 범위를 과도하게 협소하게 본 것이다. 위와 같은 현재의 태도는 소비자들이 직접적인 피해를 입고 있음에도 이에 대하여 아무런 법적 문제제기를 할 수 없다는 것과 다름이 없어 문제가 있다.

현실 및 의료법 체계에 부합하지 아니함에도 타투 기술을 이 사건 법률 조항에 포섭되도록 방지함으로 인하여 국내 타투 소비자들은 오히려 국가로부터 관리 및 감독을 받지 않고 음지에 숨어서 이루어지는 타투 기술만을 받을 수 있게 된 것이고, 이는 타투 소비자들의 자유롭게 타투를 받을 권리 및 건강권 등을 침해하는 것이다.

### Ⅲ. 글을 마치며

법원의 판결례는 타투에 관한 입법이 부재함에도 불구하고 이에 관한 규제의 필요성이 존재한다는 이유만으로 무리하게 의료법 규정을 유추 및 확대하여 적용함으로써 죄형법정주의의 기본 원칙을 위배하고 있는 것으로서 문제가 있다. 타투의 본질적 특성 및 현실과 괴리된 법 해석으로 인하여 오히려 타투 기술이 음지에서 성행하게 되어 이에 대한 국가의 아무런 관리·감독이 이루어지지 않게 되는, 즉 본래의 규제 목적과는 정반대

의 결과를 낳게 되었다.

무엇보다 바로 한 달 전인 2022. 2. 17. 국가인권위원회가 타투이스트들의 인권이 침해되고 있으므로 국회에 계류되어 있는 비의료인 타투기술 합법화에 관한 법률을 조속히 입법하라는 취지의 의견을 표명하는 결정<sup>16</sup>을 하였음에도, 국민의 기본권을 보호하는 마지막 보루인 헌법재판소에서, 청구인들의 피해 사실에 대한 변론 한 번 없이 현행 제도가 타투이스트의 기본권을 침해하지 않는다는 반대 취지의 결정을 내린 것을 선뜻 이해하기 어렵다. 타투기술을 의료행위로 해석하는 대법원의 판결이 변경되지 아니하는 한, 이 사건 의료법 규정은 헌법재판관 4인의 반대의견과 같이 타투이스트들의 직업의 자유 및 예술표현의 자유 등 기본권을 계속하여 침해하게 될 것이다.

현행 법률 및 법원의 해석은 한국의 타투이스트들을 세계적으로 촉망받는 직업적 예술가가 아니라 잠재적 범죄자들로 양성하고 있다. 인권위의 결정과 같이 현행 제도가 타투이스트의 기본 인권을 침해하고 있음을 솔직히 인정하고, 국민의 건강권 보호와 인권 침해 문제를 균형적으로 해결할 수 있도록, 국회에 계류되어 있는 타투 및 신체예술에 관한 법률이 조속히 입법될 수 있기를 바란다.

<sup>16</sup> 국가인권위원회 2022. 2. 17.자 22-정책-0008결정

# 변론기

법조기자단 소송 변론기 | 최용문

변론기

## 법조기자단 소송 변론기

최용문

## 1. 소송의 배경

‘법조기자단’이란 법원과 검찰을 출입하며 취재하는 기자들의 사적자치 단체를 뜻한다. 이에 관한 관심은 과거에도 종종 있었으나, 2019. 12. 3. MBC PD수첩이 보도한 이후, 민주사회를 위한 변호사모임 미디어언론위원회에서도 본격적인 관심을 두기 시작했다.

법조기자단이라 해도 전국의 법원과 검찰을 출입하는 기자 전체를 말하는 것이 아니다. 항상 지적되었으며 위 PD수첩 보도에서도 문제삼았던 부분은, ‘서울중앙지방법원, 서울고등법원, 대법원 및 서울중앙지방검찰청, 서울고등검찰청, 대검찰청에 출입하는 기자들이 결성한 법조기자단’이다. 아마도 언론에서 관심을 가지는 권력형 비리사건 등 굵직한 사건이 서울중앙지방법원, 서울고등법원, 서울중앙지방검찰청, 서울고등검찰청으로 몰릴 수밖에 없기 때문일 것이다. 그러므로 이 글에서 언급하는 ‘법조기자단’이란 서울중앙지방검찰청, 서울고등검찰청, 대검찰청, 서울중앙

지방법원, 서울고등법원, 대법원을 출입하는 기자들의 모임을 뜻하는 것으로 한정한다.

그렇다면 법조기자단이 왜 문제가 되는가? 문제의 핵심은 그 운영의 폐쇄성에 있다. 법원과 검찰은 폐쇄적으로 운영되는 법조기자단에게만 정보를 준다. 여론의 관심이 높은 사건의 수사진행상황이나 영장심사결과와 같은 것들 말이다. 이런 과정에서 기자들은 법원과 검찰에 길들여져 가고, 저널리즘이라는 본래의 사명을 잃는 것이다. 결국 기자들이 법원과 검찰의 입장만을 일방적으로 대변하는 것이 대한민국 언론의 법조계 관련 보도의 민낯이다.

법조기자단은 법적인 근거가 있는 단체도 아니다. 한국신문협회, 한국방송협회, 한국기자협회, 인터넷신문협회, 인터넷기자협회 등과 같이 어느 정도 언론사 또는 그 구성원을 위한 단체도 아니다. 법조기자단은 서울중앙지방검찰청, 서울고등검찰청, 대검찰청, 서울중앙지방법원, 서울고등법원, 대법원을 출입하는 언론사들의 동아리와 같은 단체일 뿐이다. 법적으로는 그저 민법의 사적자치원칙에 따라 당사자들끼리 결성하는 단체(비법인사단 또는 법인 아닌 사단)에 불과하다.

그런데 왜 법조기자단은 검찰과 법원으로부터 독점적으로 정보를 받게 되는가? 바로 이 지점에 미디어언론위원회가 적극적으로 문제를 제기할 필요성이 있다.

## 2. 이 사건 소송의 준비

이 부당한 ‘법조기자단 카르텔’이라는 굳건한 성벽 앞에서, 미디어언론위원회는 과연 무엇을 할 수 있을까? 일단 즉각적으로 떠오르는 방법은 언론사들을 통해 문제를 제기하는 방법인데, 필자는 언론의 부당한 관행에 대하여 언론사들이 적극적으로 보도를 해줄 리가 없다고 생각하였다. 특히 요즘 같은 언론환경에서는 더욱 그렇다. 한편, 필자는 변호사이므로 법을 통해 이 카르텔을 무너뜨려야 한다고 생각했다. 문제는 부당하다고 생각하긴 하지만, 정작 그 카르텔의 구체적인 내용에 대해서는 미디어언론위원회가 정확히 알지 못하며, 언론을 통해 피상적인 부분만을 짐작하고 있다는 점이다.

필자는 필자와 같은 미디어언론위원회 소속의 몇몇 변호사들과 함께 기자들과 접촉하였다. 법조기자단에 속한 언론사의 기자도 만났고, 법조기자단에 속하지 않은 언론사의 기자도 만났다. 그런데 필자가 여기서 놀란 것은, 법조기자단과 관련하여서는 진보/보수라는 개념이 통하지 않는다는 것이었다. 그저 막연히 진보적인 매체의 기자들이라면 당연히 법조기자단을 부당한 카르텔이라고 생각할 줄 알았다. 그런데 막상 필자가 만나본 기자들은 그렇지 않았다. 법조기자단 카르텔을 옹호하는 진보매체의 기자도 있었고, 이를 비판하는 보수매체의 기자도 있었다. 물론 그 반대도 있었다. 필자는 몇몇 기자들을 만나보면서, ‘내가 정말 순진했다’는 생각을 하였다. 그리고 기자들을 통해서도 별다른 정보를 얻을 수 있을 것 같지도 않았다. 그래서 필자는 아무래도 무식하더라도 정공법으로 가야겠다는 막연한 결론을 내렸다.



일단 필자는 미디어언론위원회에 속한 다른 변호사들 몇 명과 회의를 하였다. 그 회의의 주된 내용은 ‘법조기자단이라는 부당한 권언 카르텔에 맞서 법적인 조치를 취할 방법이 있는가?’였다. 일단 위원회는 2019. 12. 3. MBC PD수첩의 보도를 비롯해, 과거 산발적으로 언론에서 제기되던 법조기자단에 대한 보도를 분석하였다. 그리고 대략 문제가 되는 행위들을 짚어 보니, ① 법조기자단의 기자실 독점사용 문제, ② 법조기자단에 속하지 않은 언론사의 기자들에게는 출입증을 발급해주지 않는 문제, ③ 검찰과 법원의 공보담당자들이 법조기자단에 속한 기자들과 메신저 단체 채팅방을 만들어 민감한 정보를 공유해주는 문제, ④ 검찰과 법원의 공보담당자들이 법조기자단에 속한 기자 중 그때그때 필요하다고 생각하는 언론사에 자신들이 유리한 정보만을 제공하여 ‘단독보도’를 하도록 하는 문제, ⑤ 법원에서 기자들이 주목하는 민감한 재판이 있을 때, 법조기자단에 속한 기자들을 우선으로 법정에 자리를 배정해주고, 법조기자단에 속하지 않은 기자들이 온 좋게 법정에 들어가더라도 노트북을 사용하지 못하게 하는 문제, ⑥ 검찰과 법원의 공보담당자들이 법조기자단에 속한 기자들만 초청하여 티타임 등을 갖는 문제, ⑦ 검찰과 법원의 공보담당자들이 브리핑을 기자실에서 하는 문제 등으로 요약할 수 있었다.

민변 미디어언론위원회의 다른 변호사들과 회의한 결과, 우리가 법적으로 문제 삼을 수 있는 부분은 ① 기자실 독점사용 문제와 ② 출입증 발급 문제였다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 법조기자단을 상대로 법적인 문제를 제기하기는 어렵다. 왜냐하면 법조기자단은 법적인 근거가 없는 사적 결사체이긴 하지만, 민법이 허용하는 당사자들끼리 결성한 단체(비법인사단 또는 법인 아닌 사단)이므로,

법원이 그들의 행위를 제한하기는 쉽지 않다. 그들이 검찰이나 법원과 결탁하여 부당한 카르텔을 형성하는 것이 문제이지, 그들의 존재 자체는 법적으로 아무런 하자가 없다. 그렇다면 변호인단의 초점은 검찰이나 법원이 법조기자단에 부당하게 권력을 위임했다는 부분으로 향해야 한다. 그러므로 소송을 하고자 한다면, 그 상대방은 검찰과 법원이고, 소송의 유형은 행정소송 또는 헌법소원이 될 것이다. 둘째, 행정소송 또는 헌법소원을 하려면 처분(또는 공권력의 행사)이 특정되어야 하는데, 처분이란 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용’이다(행정소송법 제2조 제1항 제1호). 그런데 위 ① 내지 ⑦ 부분들을 모두 검찰이나 법원의 행정청으로서의 공권력의 행사로 볼 수 있긴 하겠지만, 그 대상을 명확히 특정하기 쉬운 것은 ①과 ②였다. 법조기자단에 속하지 않은 언론사 또는 기자가 검찰과 법원에 기자실 사용신청 및 출입증발급신청을 하면 검찰과 법원은 어떤 식으로든 답변을 할 것이니, 그 답변이 거부처분의 근거가 될 수 있는 것으로 판단했다. 반면, 예를 들어 위 ③과 같은 문제에 대해서, 법조기자단에 속하지 않은 언론사 또는 기자가 ‘우리도 그 방에 들어가도록 허용해달라’라고 신청을 한다고 하더라도, 검찰과 법원에서 ‘우리는 그런 단체채팅방을 운영하지 않는다’라고 답변한다면, 변호인단으로서는 그와 같은 단체채팅방이 존재한다는 점을 입증하기가 쉽지 않았다.

미디어언론위원회는 위와 같이 소송의 대상을 특정하고, 본격적으로 정보공개청구를 해보기로 하였다. 필자는 서울중앙지방법검찰청과 서울중앙지방법원을 상대방으로 하여 정보공개청구를 진행하였다. 정보공개청구의 상대방을 서울중앙지방검찰청과 서울중앙지방법원으로 한 이유는, 그동안 수집한 정보로 기자실의 위치가 서울중앙지방검찰청과 서울중앙지

방법원 안에 있다는 점을 알 수 있었기 때문이다. 그리고 필자는 서울중앙지방법검찰청과 서울중앙지방법원에 기자실 운영 및 출입증 발급의 근거가 되는 법률, 대통령령, 부령 등을 공개해줄 것을 청구하고, 언론에 의하면 기자실에 출입하려면 법조기자단이 정한 자격을 갖추어야 하는데 왜 행정청의 재산에 대해서 법조기자단이 허가권을 가지는지에 대한 근거 등을 알려달라고 정보공개청구를 하였다. 물론 정보공개청구는 미디어언론위원회의 명의로 하였다.

서울중앙지방법검찰청과 서울중앙지방법원의 답변은 예상을 조금 빗나갔다. 그러나 큰 문제는 아니었다. 서울중앙지방법검찰청과 서울중앙지방법원은 공통적으로 “청사관리권한은 서울고등검찰청(서울고등법원)에 있음”이라는 것이었다. 그래서 변호인단은 서울고등검찰청과 서울고등법원을 상대로 하여 같은 내용의 정보공개청구를 다시 진행하였다.

그 후 몇 번의 정보공개청구를 더 하였고, 변호인단이 알게 된 것은 다음과 같다. 검찰의 경우 기자실 운영관련된 규정은 없고, 출입증 발급은 ‘서울검찰청사 관리 및 운용에 관한 규정(서울고검 예규)’에 근거한 것이라는 점이다. 그리고 서울고등검찰청의 경우 명시적으로 답변한 내용 중 “언론의 자유 및 기자단의 자율적 운영을 존중하는 차원에서 기자단이 제출한 출입기자 명단을 토대로 당청 차장검사가 대검과 협의하여 출입증을 발급하고 있습니다.”라는 내용도 있었다. 법원의 경우 기자실운영과 출입증 관련된 근거는 ‘법원홍보업무에 관한 내규’ 제10조, 제12조에 근거한다는 것이다. 그리고 그 외의 법원과 검찰의 답변 중 각종 정보(판결문 등)와 브리핑자료는 법조기자단 소속 여부와 무관하게 언론사나 기자가 신청하면 소정의 절차를 거쳐 허용하고 있다는 하나하나한 답변도 있었다.

필자는 이 정도로 소송의 진행을 위한 준비가 대략 완료되었다고 판단하였다. 앞서 언급한 대로 주로 시민사회단체에 우호적인 기자들은 법조기자단에 속해있지 않은 기자들이기 때문에 기자들을 통해 정보를 수집하는 것에는 한계가 있었고, 검찰과 법원을 직접 상대방으로 하는 정보공개청구로는 더 이상 수집할 증거가 없어 보였기 때문이었다.

### 3. 소송에 앞선 신청 등

미디어언론위원회가 법조기자단 문제에 관심을 가지고 정보공개청구를 하는 등의 과정을 거치고 있을 때, 다수의 기자들을 만나며 법조기자단에 속하지 않은 언론사들 중 위원회의 활동에 관심을 가지고 있는 기자들을 만날 수 있었다. 그리고 그들 중 일부가 소송에서 원고가 되기로 하였다.

그래서 필자는 원고가 되기로 한 언론사와 그에 속한 기자들 몇 명을 대리하여, 서울고등법원과 서울고등검찰청에 ① 기자실 사용신청 ② 출입증 발급신청을 하였다. 그리고 며칠이 지나지 않아 서울고등법원과 서울고등검찰청에서 답변이 왔는데, 서울고등법원은 “출입기자단 가입여부 및 구성은 서울법원종합청사 출입기자단의 자율에 맡기고 있고, 법원은 그 가입 여부 및 구성에 전혀 관여하지 아니함. 따라서 서울법원종합청사 출입기자단 가입 등에 관한 사항은 서울법원종합청사 출입기자단 간사에게 문의할 것”이라는 취지로 답변하였고, 서울고등검찰청은 “서울고등검찰청은 서울중앙지방법검찰청으로부터 요청받아 업무를 처리하고 있음을 회신함”이라는 취지로 답변하였다.

위원회는 위 답변을 ‘거부처분’으로 간주하고 항고소송(거부처분취소소

송)을 제기하기로 하였고, 소송의 주된 업무는 내가 담당하기로 하였다. 그리고 위원회의 다른 변호사 한 명이 헌법소원을 진행하기로 하였다.

다만 사소한 문제가 있었다. 미디어언론위원회가 기자실 사용 및 출입증 발급을 신청하면서 신청인을 언론사, 그리고 언론사에 소속된 기자 1~2명으로 하기로 했지만, 행정소송에서 원고는 누가 되어야 하는지 면밀히 검토해야 했다. 아무래도 A언론사에 속한 기자가 법원/검찰로부터 출입증을 발급받았다고 하더라도, 그가 A언론사를 사직하면 그 출입증이 유지되는 것은 아니기 때문에, 행정소송의 원고는 기자가 아닌 언론사가 되어야 한다고 판단하였다. 반면, 헌법소원의 경우 언론사의 기본권 외에도 각 기자의 기본권이 별도로 존재한다고 주장할 수 있으므로, 헌법소원의 경우는 언론사와 기자 모두 청구인이 되기로 하였다.

그리고 행정소송에서는 변호인단이 패소하면 소송비용을 부담해야 하는 문제가 있기에, 소송에 참여하기로 한 모든 언론사가 서울고등법원과 서울고등검찰청을 상대방으로 소송을 제기하기보다는, A언론사는 서울고등법원을 상대로 소송하고, 다른 언론사는 서울고등검찰청을 상대로 소송을 하기로 하였다.

#### 4. 소송의 과정

##### 가. 서울고등법원장을 피고로 하는 소송

필자는 소장을 작성하여 법원에 제출하였다. 위원회에서 기자실 사용 및 출입증 발급신청을 한 것에 대한 서울고등법원장의 답변, 즉 “출입기

자단 가입여부 및 구성은 서울법원종합청사 출입기자단의 자율에 맡기고 있고, 법원은 그 가입 여부 및 구성에 전혀 관여하지 않음. 따라서 서울법원종합청사 출입기자단 가입 등에 관한 사항은 서울법원종합청사 출입기자단 간사에게 문의할 것”이라는 취지의 답변을, 피고 서울고등법원장의 ‘거부처분’으로 간주하고 소송을 진행하였다. 그러므로 당연히 피고 측에서 예상되는 반응 중 하나는 ‘그것은 처분이 아닌, 절차를 알려주는 통지로서, 관념의 통지에 불과하다’라는 것이었다. 그러므로 필자는 소장을 작성하면서, 거부처분의 기준을 정한 판결(대법원 96누14036 판결)을 인용하여, 서울고등법원장의 답변은 거부처분에 해당한다는 점을 구체적이고 상세하게 밝혔다.

그리고 본안에 관하여는, ① 법원사무기구에 관한 규칙, 법원홍보업무에 관한 내규, 조리 등에 비추어 보면 기자실 사용에 관한 권한과 기자실 출입을 위한 출입증발급을 해줄 권한은 피고 서울고등법원장의 재량행위에 해당하고, ② 피고의 답변 취지는 “출입기자단에 가입한 언론사에 한하여 기자실 사용허가와 출입증을 발급해주므로, 출입기자단 간사에게 문의하라”라는 것이므로, 이는 피고가 사실상 출입기자단에 그 권한을 위임한 것이며, ③ 행정권한의 위임은 법률이 그 위임을 허용하고 있는 경우에만 적법하다는 판결(대법원 1986. 12. 9. 선고 86누569 판결)을 인용하며, 피고가 출입기자단에게 사실상 그 권한을 위임한 것은 위법하다고 주장하였다.

이에 대해 피고는 적법요건에 대하여 예상할 수 있게도, 피고가 한 통지는 절차를 알려주는 것으로서 처분이 아닌 관념의 통지라고 주장하였다. 그리고 거부처분의 기준을 정한 판결(대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036

판결)을 인용하며, 피고의 통지가 거부처분이 아니라고 주장하였다. 다만, 피고는 한 가지 우리의 예상 범위 밖의 반박을 하였는데, 그것은 “내규 등 문언에 비추어 보면, 신청할 수 있는 사람은 기자만 가능하고, 언론사는 될 수 없다”라는 취지였다. 그리고 본안에 관하여도, 피고는 예상할 수 있었던 반박을 하였다.

그리고 다행인 것은, 피고가 소송대리인으로 변호사(법무법인, 정부법무공단 등)를 별도로 선임하지 않고 소속 직원들을 소송수행자로 임명하여 그들이 소송을 수행하도록 하였다는 것이다. 소송에서 패소한 사람은 상대방이 소송대리인 변호사에게 지급할 보수 중 대법원 규칙이 정하는 금액을 소송비용으로 인정하게 되는데(민사소송법 제109조, 98조), 피고는 소속 직원을 소송수행자로 임명하였을 뿐 소송대리인 변호사를 선임한 것이 아니기 때문에, 우리가 패소하더라도 상대방의 변호사 보수를 물어줄 일은 없는 것이다.

얼마 후, 첫 변론기일이 지정되었다. 첫 변론기일은 변론기일지정통지를 받은 날로부터 대략 1달 뒤였다. 그러므로 필자는 소송의 절차 진행상, 피고의 답변서에 대한 반박 또는 증거를 신청하는 등의 준비를 해야 했다. 그러나 피고의 답변서에 대해 반박한다면, 이미 소장에서 주장한 내용과 동일한 내용이 기재될 것 같았고, 이 사건의 특성상 증거를 신청할 것이 없었다. 그래서 구석명신청서를 제출해보기로 하였다. 일단 법조기자단의 관행에 대해서 우리가 아직도 모르는 것이 많을 뿐만 아니라, 피고가 부인할 수 없는 답변을 하도록 유도하여 우리 소송에서 유리하게 쓸 용도였다.

그래서 필자는 ‘기자단의 요구가 있으면 법원은 거부하지 않는다’라는 점을 주장할 목적으로 ‘출입기자단에서 특정 언론사 또는 기자들에 대한 출입증발급을 요청하였으나, 피고가 거절한 사례가 있는지 여부’, ‘거부된 사례가 없다면 그 이유는 무엇인지 여부’, ‘출입기자단의 요청이 없었음에도 불구하고, 피고가 출입증발급과 기자실사용을 허가한 사례가 있는지’등을 질문하였고, 서울고등법원은 법조기자단에게만 특별한 특권을 부여하고 있다는 점을 주장하기 위하여 ‘원고의 소속기자들이 새로운 기자단을 창설한다면, 피고가 출입기자단 의견대로 출입증발급을 해주는 것처럼, 새로운 기자단의 의견대로 출입증 발급 및 기자실 사용을 허가해줄 수 있는지 여부’등을 질문사항으로 구성하였다. 그리고 변론기일에 앞서 위 구석명신청서를 제출하였다.

드디어 첫 변론기일이 되었다. 필자는 떨리는 마음으로 법정에 섰다. 왜냐하면 이 사건은 특별히 이 사안을 규율하는 법령 또는 규칙이 없었고, 변호인단으로서는 ‘조리(條理) 상 신청권이 있다’라는 취지로 주장할 수밖에 없는 사건이었기 때문에, 주장은 할 수 있으나 법원이 어떻게 받아들일지 명확하게 예측할 수 없었기 때문이다. 그러나 첫 변론기일에서 재판장의 반응은 다소 뜻밖이었다.

필자는 재판장의 호명에 따라 원고 대리인석으로 나갔다. 재판장은 사건의 쟁점을 간략하게 설명하고, 피고에게 여러 가지를 요구하였다. 재판장은 ‘피고가 원고를 배제한 합리적인 이유를 밝혀야 한다. 적절한 답변이 없으면 처분사유가 존재하지 않는 것’이라고 하면서, ① 원고가 왜 배제되어야 하는지에 대한 합리적인 이유, ② 허가된 사람과 언론사는 누구인지, 그리고 그 이유는 무엇인지 밝히라고 요구하였다. 그리고 재판장은

원고와 피고 모두에게 ‘이 사건의 쟁점은 공물사용권에 있음. 그러므로 공물사용권에 관한 법리를 이 사건에 맞게 적용하여 주장하라’고 요구하였다. 아무래도 재판부도 피고의 답변(우리가 피고의 거부처분이라고 주장하는 그 답변)이 법원이 작성한 답변으로는 무책임하다고 판단을 했던 모양이었다. 그리고 당시 필자의 느낌으로는 피고가 거부사유를 합리적으로 설명하지 못한다면, 우리가 승소하게 될 것이라고 판단하였다. 그리고 차회 변론기일은 약 2달 뒤로 지정되었다.

약 1달 후 우리가 과거 제출했던 구석명신청서에 대한 답변이 왔다. 해석에 따라 변호인단의 주장에 대한 근거로 사용될 만한 답변도 있었다. 그리고 필자는 피고의 답변을 근거로 하여 다시 우리 주장을 ‘공물사용권’에 맞추어 주장하였다. 공물사용권은 피고의 재량행위이고, 피고는 아무런 법적 근거 없이 출입증발급과 기자실 사용 권한을 법조기자단에게 위임하였던 것이고, 피고의 답변에는 아무런 사유가 기재되어 있지 않아 위법하다는 취지로 주장을 정리하였다. 그리고 2회 변론기일이 되어 법원에 출석하였다. 2회 변론기일에서는 서로 쌍방 더 제출할 것이 없음을 확인한 후, 변론이 종결되고 선고기일이 지정되었다.

필자는 이 사건 선고기일에 선고를 들으러 법원으로 갔다. 그리고 원고였던 언론사의 소속 기자도 출석하였다. 우리 앞 사건의 선고는 대부분 “원고의 청구를 기각한다.”라고 하여, 마음 졸이고 선고를 기다렸다. 그런데 재판장은 우리 사건의 사건번호를 부르고, “피고가 2021. 1. 8. 원고에 대하여 한 기자실 사용신청 및 출입증발급신청에 대한 거부처분을 취소한다.”라고 하였다. 즉, 승소한 것이었다. 옆에 있던 기자는 너무 순식간에 이루어진 선고에 당황하며 나에게 어떻게 된 것인지 묻는 눈으로 나를 바

라보았고, 필자는 그를 데리고 나가 ‘우리가 승소하였다’는 점을 설명하여 주었다. 그리고 나조차도 잘못 들은 것은 아닐지 생각하며 스마트폰으로 ‘나의사건검색’을 검색해본 결과, “중국결과 2021. 11. 19. 원고승”이라는 문구가 명확하게 새겨져 있었다.

선고가 있던 날 저녁, 법원은 원고와 피고에게 모두 판결문을 송달하였다. 그리고 필자는 즉시 판결문을 열람하여 그 내용을 확인해봤다. 법원은 피고의 본안전 항변(① 거부처분이 아닌 관념의 통지에 불과함 ② 신청권이 기자에게 있을 수는 있어도 언론사에게는 없음)을 모두 기각하였다. 법원은 “서울법원종합청사 내부의 기자실 출입 및 사용, 그리고 그와 관련한 출입기자 표식 발부에 관하여는 언론기관이나 기자들에게 법규상 내지 조리상 신청권을 넉넉히 인정할 수 있다.”고 판단하였다.

그리고 법원은 본안판단에 대하여, “피고는 행정재산인 청사 기자실 출입 및 사용과 출입기자 표식 발급과 관련한 신청에 대한 결정을 하면서 중국적으로 아무런 결정도 하지 않은 채, ‘출입기자단 가입 여부 및 출입기자에 대한 표식을 시행하고 있음을 알려드립니다.’라고만 답변하였다. 이는 사실상 출입기자단 가입이 선행되어야 출입기자 표식을 발급하고 청사 내 기자실 사용도 허락해주겠다는 취지의 거부처분을 한 것으로 보아야 한다. 이처럼 행정재산인 청사 내 기자 공간 사용 및 출입기자 표식 발급 허부를 법령상 별다른 근거도 없이 국유재산 관리청 스스로의 결정이 아닌 제3자에게 미루는 것은 법치행정의 원칙상 허용될 수 없다.”라고 판단하였다.

미디어언론위원회가 법조기자단 문제에 관심을 보이고 처음 회의를 했

던 때가 2020. 2. 경이다. 그리고 위 판결은 2021. 11. 19.이다. 약 2년간의 대장정에서 일단락 막이 내린 것이다. 물론 피고 서울고등법원장은 항소하였다. 우리는 항소심에서도 열심히 다룰 것이다.

#### 나. 서울고등법검찰청 검사장을 피고로 하는 소송

이 사건도 서울고등법원장을 피고로 하는 소송과 대동소이하다. 같은 날 소송을 제기하였고, 위 사건과 다른 재판부에 배당되었다. 다만, 이 사건은 진행이 조금 느려, 이 글을 쓰는 현재 기준으로 다음 주에 아마도 마지막이 될 변론기일을 앞두고 있다.

그리고 우리는 피고 서울고등법원장 사건의 판결문이 나오자마자, 피고 서울고등검찰청 검사장 사건에 판결문을 제출하면서 변호인단의 주장의 근거로 사용하였다. 피고 서울고등법원장 사건은 피고 서울고등검찰청 검사장 사건과 핵심적인 부분이 동일하므로, 우리의 청구를 인용하여 달라는 취지였다. 따라서 이 사건도 높은 확률로 피고 서울고등법원장 사건과 같은 결론이 나오게 될 것이다.

#### 4. 법조기자단이라는 부당한 카르텔을 개선하는 마중물<sup>1</sup>이 되길 기대하며

서울고등법원장을 피고로 하는 사건의 승소판결이 나오자, 몇몇 언론사에서 이를 기사화하였고, 필자는 몇몇 기자들의 전화를 받기도 했다. 마치 이 판결로 법조기자단이라는 부당한 관행을 일거에 해소하게 된 것처럼

<sup>1</sup> 원래 표현은 '찌기돌'인데 '돌을 쌓아 올릴 때, 돌과 돌의 틈에 박아 돌리는 돌'이라는 뜻이라 이 맥락에서 어울리지 않는 것 같아 수정함.

처럼 물어본 기자도 있었지만, 안타깝게도 이는 전혀 사실이 아니다.

서울행정법원의 승소판결의 취지는 ① 피고가 아무런 결정을 하지 않은 것은 위법하다, ② 피고의 거부처분의 취지는 법조기자단 가입이 선행되어야 출입기자 표식을 발급해주고 청사 내 기자실 사용도 허락해주겠다는 것인데, 이는 국유재산 관리청이 아무런 법률적인 근거 없이 스스로의 결정을 제3자에게 미룬 것이고, 이는 위법하다 라는 것이다.

그러므로 만약 다른 언론사가 같은 신청을 하고, 서울고등법원이 '법조기자단에 먼저 가입하라'는 취지가 아닌 새로운 근거를 들어 거부한다면, 승소가 어려울 수도 있다. 그리고 우리 승소 판결로 인해, 법조기자단과 법원의 의심되는 유착관계가 일거에 해소될 수 있는 것도 아니다. 법원과 검찰은 여전히 법조기자단에게 자신들에게만 유리한 정보를 흘리며 언론을 관리할 것이다. 또한 이 사건 소송에서 내가 줄기차게 주장했던, '서울고등법원은 기자실사용권한과 출입증발급권한을 사실상 법조기자단에게 위임하였다'라는 부분에 대하여 법원은 명시적으로 판단하지도 않았다.

그렇지만 이 사건은 ① 기자실 사용신청과 출입증발급신청에 대해서는 법원이 직접 판단을 해야 하고, 거부하는 경우에도 법원이 스스로 근거를 제시해야 한다는 점, ② 지금과 같이 '출입기자단에 물어보라' 또는 '출입기자단에 먼저 가입하라'는 취지의 답변은 허용될 수 없다는 점을 명시한 것이다. 그러므로 서울고등법원은 더 이상 법조기자단 문제에서 한 발 빼고 제3자의 지위를 유지할 수 없게 되었고, 적어도 이 부분은 우리 사건으로 인한 성과로 볼 수 있다. 그러므로 이와 같은 점에서 우리 사건이 법조기자단이라는 부당한 카르텔을 개선하는 마중물이 되었다고 자평하고 있다.

한편, 이 사건 소송을 진행하는 과정에서 의외의 성과가 있었는데, 이는 전혀 다른 곳에서 나왔다. 우리 사건을 진행하는 동안, 원고로 참여했던 언론사의 기자가 서울고등법원과 서울고등검찰청이 기자실사용신청과 출입증발급신청을 거부한 것이 기본권침해라는 이유로, 개인적으로 국가인권위원회에 제소한 일이 있었다. 그리고 국가인권위원회의 결정은 위 승소판결로부터 약 2달 뒤 나왔는데, 주요 내용은 다음과 같다.

일단 국가인권위원회는 진정인의 진정은 각하하였다. 다만 국가인권위원회는 서울고등법원장과 서울고등검찰청검사장에게 의견표명을 하였는데, 그 내용은 “언론의 자유와 국민의 알권리 보호를 위하여 기자실 사용 및 출입증 발급 등 언론사의 취재 지원 서비스 제공에 있어서 합리적 이유 없는 차별대우를 하지 않도록 관행이나 제도를 개선하는 것이 바람직하다는 의견을 표명합니다(국가인권위원회 20진정0891600 검찰과 법원의 법조기자단 외 언론사에 대한 취재권 침해).”라는 것이다.

그리고 국가인권위원회는 위와 같은 판단의 근거 중 하나로, “피진정인들은 앞서 살펴본 바와 같이 출입기자단의 자율성을 존중한다는 취지하에 기자실의 사용과 출입증의 발급 여부를 사실상 ‘법조기자단’에 위임함으로써 그 결과 법조기자단 소속이 아닌 언론사의 기자에 대해서는 출입증 발급 및 기자실 사용을 원천적으로 제한하고 있다. 기자실 사용과 출입증 발급 등은 청사 시설의 사용과 방호 그리고 국민의 알권리를 위한 취재편의의 제공이라는 복합적인 사항을 조화롭게 검토하여 국가기관이 스스로 결정해야 할 사항임에도 피진정인들이 아무런 법적 근거없이 이러한 권한을 법조기자단에 위임한 행위를 정당하다고 보기는 어렵다(국가인권위원회 20진정0891600 검찰과 법원의 법조기자단 외 언론사에 대한 취재권 침

해).”라고 판단하였다.

필자가 행정소송 과정에서 “서울고등법원장은 기자실 사용과 출입증 발급여부를 사실상 법조기자단에 위임하였고, 이는 법률적 근거가 없는 것으로서 위법하다.”라고 줄기차게 주장했던 것을, 서울행정법원에서는 명시적으로 판단하지 않았지만, 국가인권위원회가 기존 필자의 주장과 같이 판단한 것이다.

국가인권위원회의 위 판단은 우리가 승소한 행정소송보다 더 파급효과가 클 것이라고 예상한다. 왜냐하면 우리가 승소한 행정소송은 우리의 2021. 1. 8.자 신청에 대한 판단이었지만, 국가인권위원회의 판단은 검찰/법원과 법조기자단의 관행 자체에 대해서 문제 삼고 있기 때문이다. 그리고 국가인권위원회가 사법기관은 아니더라도 독립된 국가기관이므로, 앞으로 법원에서도 인권위의 위 판단을 무시하지는 못할 것이라고 예상하고 있다.

이렇게 하나하나 노력이 쌓여서, 법조기자단이라는 부당한 카르텔이 언젠가는 무너지길 기대해본다.

국제연대

미얀마 민주주의를 위한 시민저항 | 김기남



국제연대

## 미얀마 민주주의를 위한 시민저항

- 알려진 혹은 알려지지 않은 이야기

김기남

미얀마를 처음 방문했던 때가 2007년, 사람들은 얼굴에 ‘다나까’를 칠하고 전통의상을 입고 있었다. ‘쓰댕’도시락을 들고 다니는 출퇴근길 광경은 정겨웠다. 이방인에게 순박한 웃음을 지어 보이던 넉넉함도 참 좋았다. 공항에 도착하여 숙소로 가는데 도로 곳곳에 경계근무를 서고 있는 군인들을 보고 적잖이 놀랐던 기억이 생생하다. 당시 군부는 헌법 제정을 위해 국민투표를 진행했는데 자연재해 때문에 모두 힘든 시기에 강행한 것이어서 논란이 일었다.

한참 후인 2013년, 민변 국제연대위원회 아시아인권팀 소속으로 미얀마에 다시 방문했다. 민변은 이듬해 2월 헌법 개정에 관한 국제심포지엄을 개최하고, 7월 미얀마를 방문하여 인권변호사그룹을 포함한 시민사회, 정당, 분쟁 피해생존자 등을 만나 교류하고 연대했다. 2014년에는 젊은 변호사들과 노동과 국제인권 관련 워크숍을 개최하기도 했다. 이러한 노력은 사단법인 아디의 설립으로 이어졌고, 보다 체계적인 인권기록과 피해생존자 지원 활동을 할 수 있게 되었다.

지난 15년 동안 지켜본 미얀마는 민주주의의 상당한 진전을 이뤄냈다.

아웅산 수치가 이끄는 민주주의민족동맹(NLD)은 총선에서 다시 한 번 승리하여 정권 재창출에 성공했는데도 2021년 쿠데타가 ‘티’졌다. 그만큼 취약한 점도 많았던 모양이다. 1988년에 그랬던 것처럼 시민들은 저항을 조직했다. 불복중운동(CDM), 파업, 길거리 시위, 무장저항까지 모든 수단을 강구해 오고 있다. 2022년 4월 6일 현재, 쿠데타 세력은 시민 1,730명을 살해하고 1만여 명을 구금했다.<sup>1</sup> 또 카렌 등 소수민족주(州)에 대한 폭격으로 인해 수많은 난민이 발생했고 인도적 위기가 더 심각해졌다.<sup>2</sup>

최근 언론의 보도는 현저히 줄었지만 이는 시민들이 저항을 포기해서가 아니다. 목숨을 건 저항은 계속되고 있다. 누군가는 이들의 이야기를 기억하고 연대해야 한다. 이를 위해 미얀마 시민 저항의 알려진 혹은 잘 알려지지 않은 이야기를 공유하고자 한다.

### #냄비를\_두드린\_사람들

쿠데타가 일어났지만 시민들의 즉각적인 저항은 보도되지 않았다. 오랫동안 연락을 주고받던 활동가들도 잠잠했다. 미얀마 밖의 디아스포라 활동가들이 분주히 움직이는 정도였다. 이상하다고 생각했다. 그러다 사흘 뒤 시민들은 냄비를 두드리며 행동에 나섰다. 미얀마에서는 악귀를 쫓는 행위란다. 시민들은 “악은 물러가라” 구호를 외치고 차량은 경적을 울려 쿠데타 반대 의사를 명확히 했다.<sup>3</sup> 누구나 참여할 수 있되 위험부담을 줄이는 방식의 대중행동. 매우 훌륭한 기획이었다. 쿠데타 세력에게 빌미를 주지 않기 위해 3일간 조심스럽게 상황을 관망하며 준비했다고 나중에 전

1 AAPP, <https://aappb.org/>, 검색일 2022. 04. 06

2 로이터, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/myanmar-airstrikes-displace-more-people-along-thai-myanmar-border-2021-12-24/>, 검색일 2022. 04. 06

3 한겨레신문, <https://www.hani.co.kr/arti/international/asiapacific/981585.html>, 검색일 2022. 04. 06

해 들었다.

### #티메인(치마)을\_내건\_사람들

미얀마에도 미신이 많다. 여자 치마 밑을 지나가는 남성은 남성성이 약해진다는 것도 그중 하나다. 군경은 마을 곳곳에 걸쳐진 티메인 때문에 발이 묶이는 일이 자주 발생했다.<sup>4</sup> 시민들이 군경의 진입을 막고 시위대를 보호하기 위해 미신을 역이용한 것이다.

성불평등이 상대적으로 심각한 미얀마에서 젊은 여성들의 활약은 두드러졌다. 가두시위를 조직하고 이끄는 여성들도 많았고, 때문에 희생자도 상당수다. 천사(Angel)로 불리던 만달레이 출신의 19세 여성 키알신(Kyal Sin)은 시위 현장에서 총상을 입고 사망했다. 당시 그는 ‘모든 것이 괜찮아질거야(Everything will be ok)’라는 문구가 쓰여진 옷을 입고 있었다.<sup>5</sup>

### #MZ세대

쿠데타 시민저항에서 2~30대의 활약이 두드러졌다. 길거리 시위를 주도한 것도 MZ 세대였고, 이들은 다양한 방식으로 민주화 열망을 표출하는데 장점을 보였다. 인터넷 소셜네트워크 소통에 능하고 미술, 음악, 퍼포먼스 등 다양한 방식의 접근이 가능했다. 현장의 소식이 페이스북, 트위터 등을 통해 실시간으로 전 세계에 공유되었다.<sup>6</sup> 군부는 인터넷을 차단했지만 이들은 가상전용네트워크(VPN)를 통해 세상과 소통했다.<sup>7</sup>

미얀마에서 활동하는 여성활동가 ‘물란(가명)’은 전형적인 MZ세대이

4 경향신문, <https://m.khan.co.kr/world/world-general/article/202103051603001#c2b>, 검색일 2022. 04. 06

5 비비씨, <https://www.bbc.com/news/world-asia-56277165>, 검색일 2022. 04. 06

6 서울신문, <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20210223019002>, 검색일 2022. 04. 11

7 국민일보, <https://m.mk.co.kr/news/world/view/2022/01/76269/>, 검색일 2022. 04. 06

다. 민주교육과 역량강화, 도서관 문화 확산 등 풀뿌리 활동을 해 오다가 쿠데타 이후 시민 저항운동에 헌신하고 있다. 군부의 자금줄이 되고 있는 다국적기업의 실태를 알리고 문제제기하는 국제적 옹호활동도 해오고 있다.

또 ‘미얀마에 정의를(Justice for Myanmar)’에서 활동하는 스티븐(가명)은 디아스포라 출신의 활동가로 해외에서 거주하며 미얀마 쿠데타 세력의 경제적 토대를 약화시키는 활동에 헌신하고 있다. 다국적기업과 미얀마 군부기업의 유착관계를 폭로하고 이해관계자들의 행동변화를 촉구하는 옹호활동을 주로 하고 있다. 그는 미얀마 민주주의를 지지하는 한국시민사회단체모임과도 밀접하게 협력해 오고 있다.

### #시민복복종(CDM)에\_참여한\_사람들과\_가족

쿠데타 직후부터 의사, 교사, 군인, 공무원들은 CDM을 조직하고 동참했으며 지금도 진행 중이다. NUG에 따르면, 2021년 9월까지 공무원 20만 명이 CDM에 참여했다.<sup>8</sup> 우연히 알게 된 마웅 마웅(가명)씨는 직업 군인인데 CDM에 참여했다. “도저히 남아있을 수 없었다. 시민을 지켜야 할 군인이 시민을 죽이는 작전에 동참하고 싶지 않았다”며 쿠데타 이후 미얀마 모처에서 저항운동에 동참하고 있다.

군부는 CDM에 참여한 사람들을 살해하고 그 가족을 협박했다. 한 교사는 오토바이를 타고 가다가 저격을 받아 현장에서 사망했다. 사가인주 출신의 한 교사도 CDM에 참여했다가 체포된 뒤 구금 중에 살해됐다.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 미얀마 나우, <https://www.myanmar-now.org/en/news/80-of-htilin-civil-servants-join-cdm-after-facing-ultimatum>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>9</sup> 미얀마 나우, <https://www.myanmar-now.org/en/news/sagaing-region-teacher-who-joined-cdm-killed-at-interrogation-center>, 검색일 2022. 04. 06

CDM에 동참한 교사 125,000명이 2021년 5월 징계를 받았다.<sup>10</sup>

CDM에 참여한 사람의 가족도 박해받고 있다. 2021년 11월, 만달레이에서는 군인이 CDM에 참여중인 아빠를 대신하여 불과 13세 남아를 대신 인질로 잡아가는 사건이 발생했다.<sup>11</sup>

### #스님

오래 전부터 알고 지내던 미얀마의 한 스님은 물밑에서 사람들을 돕고 있다. 시위 도중 부상을 입은 사람들을 치료하고 보호하는 역할을 해 왔다. CDM에 동참한 사람들과 그 가족들을 지원해 오고 있다.

쿠데타 세력에게 면죄부를 부여하는 ‘고위급’ 승려도 있지만 위빠사나 수행을 멈추고 가사(袈裟)를 입은 길거리 시위자가 된 승려가 많았다.<sup>12</sup> “민주주의를 되찾을 때까지 저는 군인이 되겠습니다.”라며 시민방어군(People’s Defense Force)에 합류하여 군사훈련을 받기 시작한 보 파이디디(Bo Thaid Dhi)라는 수행자.<sup>13</sup> 또 소수민족주로 넘어가 승복을 벗고 싸우다 2명의 군인을 살해했다는 카이 따 야(Kay Tha Ya)는 “승려로서 그들을 죽일 수는 없습니다. 그래서 군인이 되기로 한 겁니다. 천국에서 지옥의 나락으로 떨어진 것과 같지만 필요한 일이라고 생각합니다.”라고 말했다.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> 로이터, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/more-than-125000-myanmar-teachers-suspended-opposing-coup-2021-05-23/>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>11</sup> 미얀마 나우, <https://www.myanmar-now.org/en/news/soldiers-take-13-year-old-boy-hostage-in-bid-to-force-his-father-to-hand-himself-in>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>12</sup> 뉴욕타임즈, <https://www.nytimes.com/2021/08/28/world/asia/myanmar-monks-coup.html>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>13</sup> 앞의 글

<sup>14</sup> 앞의 글

## #소수민족\_사람들

위기상황에서 사람들은 뭉쳤다. 함께 싸우고 서로를 도왔다. 쌀을 나누고 부상자를 치료했으며 수배자를 숨겨 주었다. 버마족이든 아니든, 불교도이든 아니든, 남성이든 아니든 구별 짓지 않았다. 더 거대한 악에 대해 싸우는 이 시기, 과거의 감정은 덜 중요할 뿐이다.

사람들은 더 나아가 성장했다. “경험해보니 이제야 처지가 이해된다. 미안하다”는 사람도 생겨났다.<sup>15</sup> 한 트위터 설문에서 과거에 비해 소수민족에 대해 우호적인 감정을 갖게 됐다는 응답자가 90%에 육박했다.<sup>16</sup> “지금 우리는 하나가 되었습니다.”라는 다수의 이 같은 경험은 분명 긍정적이다.<sup>17</sup>

물론 다른 시각을 가진 소수민족도 있다. 지금의 싸움이 버마족 NLD와 군부 사이의 권력 다툼이라고 보기도 한다. 수치정부에서조차 배제와 차별을 경험한 소수민족들은 아무 일도 없었던 것처럼 협력할 수는 없다는 뜻이다. 소수민족 무장단체 TNLA의 대변인 마이 익 쟈(Mai Aik Kyaw)는 “우리가 지난 70년간 받은 고통과 비교하면 지금 버마족이 겪는 고통은 아무것도 아닙니다”라고 일갈했다.<sup>18</sup> 카레니군 사령관 비투도 버마족은 필요할 때만 연락한다고 불편한 심기를 드러냈다.<sup>19</sup> 국민통합정부(NUG)가 버마족 중심으로 구성된 것도 소수민족이 느끼는 감정과 무관하지 않다.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> 앞의 글

<sup>16</sup> 니케이 아시아, <https://asia.nikkei.com/Life-Arts/Life/How-Myanmar-s-post-coup-violence-is-transforming-a-generation>, 검색일 2022. 4. 11

<sup>17</sup> 뉴욕타임즈, <https://www.nytimes.com/2021/04/30/world/asia/myanmar-ethnic-minority-coup.html>, 2022. 4. 11

<sup>18</sup> 앞의 글

<sup>19</sup> 한겨레신문, [https://www.hani.co.kr/arti/international/international\\_general/994475.html](https://www.hani.co.kr/arti/international/international_general/994475.html), 검색일 2022. 04. 06

<sup>20</sup> Yun Sun, One year after Myanmar's coup, old and new resistance is undermined by divisions, <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2022/02/01/one-year-after-myanmars-coup-old-and-new-resistance-is-undermined-by-divisions/>, 2022-02-01

NUG는 ‘더 진전된 형태의 열린 민주주의’에 대해 소수민족들과 정치적으로 합의하지 못했다. 연방민주주의를 표방하는 연방헌법 제정에 합의하지 못하고, 연방군 창설에도 이르지 못했다. 일부 소수민족 무장조직만이 NUG와 협력하고 있을 뿐 상당수는 자신들의 정치적 이익 산술에 따라 독자적인 활동을 하고 있다.<sup>21</sup>

이는 군부에 맞선 효과적인 저항을 조직하는 데에 어려움을 야기하고 있다. 다양한 역사적 배경과 인종의 구성, 다양한 저항 조직들의 각기 다른 동기와 협상 조건 등을 고려할 때 어찌면 당연한 전개인지도 모른다. 그러나 분명한 것은 이러한 전개가 반군부 쿠데타 저항운동에 긍정적으로 작동되지 않는다는 점이다.

## #로HING야

쿠데타를 바라보는 로HING야 난민들은 심난하다. 미얀마 군부와 NLD 정부의 로HING야 정책이 다르지 않았기 때문이다. 그래도 무고한 시민을 학살하는 군부를 지지할 수는 없다며 로HING야 난민캠프에서는 시민저항을 지지하는 온라인 캠페인을 조직했다. 국제적으로 활동하는 디아스포라 로HING야 활동가그룹은 적극적으로 연대행동을 조직했다.<sup>22</sup>

지난 5년간 로HING야족 100만명은 방글라데시 난민캠프의 척박한 환경에서 간신히 생존하고 있다. 로HING야족은 원래 미얀마의 토착민족이지만 미얀마에 군부정권이 들어선 1962년부터 온갖 박해를 받아왔다.<sup>23</sup> 군부는 이들이 방글라데시에서 넘어온 ‘불법체류자’라고 역사를 왜곡하고 인종주의

<sup>21</sup> 앞의 글

<sup>22</sup> 타임, <https://time.com/5936604/myanmar-coup-rohingya/>, 2022. 04. 11

<sup>23</sup> 더디플로메트, <https://thediplomat.com/2022/02/bangladesh-and-myanmar-resume-talks-on-rohingya-repatriation/>, 2022. 02. 08

적 선전 및 종교적 공포를 조성하였다.<sup>24</sup> 이후 벵갈리 테러리스트라는 가면을 덧씌워 민간인을 학살하고 타국으로 내몰았다. 미얀마는 결국 집단 학살방지협약 위반을 근거로 국제사법재판소에 제소되었고, 아웅산 수치는 정부를 대표하여 군부를 방어했다.<sup>25</sup> 그리고 총선을 앞둔 그의 지지도는 상승했다. 사실 NLD 정부의 로힝야 정책은 군부와 다르지 않았다. 로힝야를 라카인 무슬림으로 칭하는 등 로힝야 존재 자체를 부인해 왔고 미얀마 군부의 잔혹한 학살에 방조 내지 협조함으로써 공동정범이 되었다.

그간 미얀마-방글라데시 정부간 송환협정이 맺어졌음에도 불구하고 실제 송환은 이뤄지지 못했다. 로힝야족이 내건 송환의 조건이 전혀 받아들여지지 않았기 때문이다.<sup>26</sup> 책임은 미얀마 정부에 있고 이제는 그 의무 주체가 누구인지 불분명해졌다. 심지어 라카인주는 아라칸군대(Arakan Army)와 군부가 내전을 벌이는 가운데 아라칸군대가 라카인주의 5-60%를 장악하고 있기 때문에 이들도 송환논의의 당사자가 되어야 하는 형국이다.<sup>27</sup>

쿠테타 이후 NUG는 국제사회의 절대적인 지지를 받았다. 그러나 동시에 국제사회는 NUG에 로힝야에 대한 태도 변화를 요구했다. 실제로 NUG는 미국 하원 외교위원회 청문회 등에서 로힝야 인권에 대한 전향적인 입장 선회가 없다면 NUG를 지지할 수 없다는 질책을 들어야 했다.<sup>28</sup> 2021년 6월, 쿠테타 발생 5개월이 지난 시점에 NUG는 로힝야의 권리를 인정하고 시민권을 부여하겠다는 내용을 담은 정책문서(policy statement)

<sup>24</sup> 앞의 글.

<sup>25</sup> 유엔 뉴스, <https://news.un.org/en/story/2019/12/1053221>, 2019. 12. 11

<sup>26</sup> 더 스트레이트 타임즈, <https://www.straitstimes.com/asia/south-asia/will-rohingya-repatriation-ever-happen-daily-star-contributor>, 2022. 3. 29

<sup>27</sup> RFA, <https://www.rfa.org/english/news/myanmar/arakan-army-01192022193040.html>, 2022. 01. 19

<sup>28</sup> 프론티어 미얀마, <https://www.frontiermyanmar.net/en/the-nugs-rohingya-policy-campaign-statement-or-genuine-reform/>, 검색일 2022. 04. 06

를 발표했다.<sup>29</sup> 국제사회의 여론을 달래기에 나선 것이다.

그러나 이 문서에는 과거 로힝야족 학살에 대한 사과가 없고, 로힝야족을 미얀마 토착민족으로 선언하지도 않았으며, 문제가 많은 1982년 시민권법을 폐지하지도 않았다는 비판이 일었다.

물론 버마족과 다른 소수민족의 젊은 세대는 로힝야족에게 사과하고 연대를 표명하기도 했다. “국제인권법에 따라 인권을 보장하려는 NUG의 입장을 환영합니다. 연방민주주의 국가를 건설하려면 우리는 로힝야족의 권리를 포함하여 개인의 기본적 권리를 존중해야 합니다.”<sup>30</sup> “종교와 인종을 근거로 차별하여서는 안 됩니다. 사람은 그저 사람입니다.... 더 이상 인종주의는 안 돼.”<sup>31</sup> 등의 글을 페이스북에 게시한 이들도 있었다.

그러나 NUG의 핵심 지지층을 구성하는 88세대와 그 밖의 기성세대는 NUG의 로힝야에 대한 입장에 동의하지 않는 것 같다. NUG의 로힝야에 대한 입장은 페이스북에서 대중의 리액션을 그다지 얻지 못했다.<sup>32</sup> 일부는 공공연하게 반대 입장을 밝혔다.<sup>33</sup> 또 NUG의 인권부 장관 아웅 묘 민(Aung Myo Min)은 NUG가 로힝야족을 미얀마의 여타 토착민족과 마찬가지로 시민권을 부여할 것인가라는 기자의 질문에 대해 “나중에 논의되겠죠.”라며 즉답을 회피했다.<sup>34</sup>

2022년 4월 6일, 미국 하원에서 군부의 자금줄에 대한 제재, 인도적 지원, 책임자 처벌 메커니즘 지원 등의 내용을 담고 있는 2021년 버마법이

<sup>29</sup> NUG, <https://gov.nugmyanmar.org/2021/06/03/policy-position-on-the-rohingya-in-rakhine-state/>, 2021. 6. 3

<sup>30</sup> 프론티어 미얀마, <https://www.frontiermyanmar.net/en/the-nugs-rohingya-policy-campaign-statement-or-genuine-reform/>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>31</sup> 앞의 글

<sup>32</sup> 프론티어 미얀마, <https://www.frontiermyanmar.net/en/the-nugs-rohingya-policy-campaign-statement-or-genuine-reform/>, 검색일 2022. 04. 06

<sup>33</sup> 앞의 글

<sup>34</sup> 앞의 글

통과되었다.<sup>35</sup> 흥미로운 점은 미국 내 미얀마 디아스포라 활동가들 중 ‘인종주의자’인 NUG 핵심 지지자들은 본 법안의 통과를 무산시키려고 방해했다는 점이다. 이 법안에 로힝야족 집단학살에 대한 국제재판절차 지원 등을 포함하고 있기 때문이다. NUG가 쿠데타 세력을 몰아내고 권력을 이양 받는다면 로힝야의 인권 구제와 시민권 회복이 실현될 것이라는 기대는 할 수 없게 됐다.

### #유엔과\_아세안

미얀마 연대활동을 하면서 유엔 안보리와 아세안의 무용론에 대해 자주 들었다. 로힝야 집단학살이 발생한 2017년부터 유엔 안보리는 아무런 실효적 조치를 취하지 못했다. 중국과 러시아의 거부권을 넘어서지 못했다지만 이런 사례가 한두 번이 아니어서 과한 비판도 아니다.<sup>36</sup> 군부의 폭격기가 소수민족주를 폭격하여 사람들이 죽어갈 때 유엔은 항공공유의 공급을 중단시키거나 무기의 수출입을 금지시키는 조치조차 하지 못했다.<sup>37</sup>

아세안도 다르지 않았다. 쿠데타의 주범인 민 아웅 흘라잉을 국가대표 자격으로 아세안 정상회의에 초대하여 비판을 자초했고, 실효성 없는 5대 합의안을 논의했을 뿐이다.<sup>38</sup> 이를 비롯듯이 아세안 정상회의 직후 국경지대에 대한 폭격은 더 심각해져 더 많은 사상자가 발생했다.<sup>39</sup> 2022년 1월, 아세안 의장국인 캄보디아의 총리는 다시 민 아웅 흘라잉과 회담을

35 미국의회, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5497/text>, 검색일 2022. 04. 06

36 알자리라, <https://www.aljazeera.com/news/2021/6/19/un-calls-member-states-to-prevent-the-flow-of-arms-into-myanmar>, 2021. 2. 3

37 티알티월드, <https://www.trtworld.com/asia/rights-advocates-urge-nations-to-halt-jet-fuel-supplies-to-myanmar-55065>, 2022. 2. 24

38 로이터, <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/aseans-five-point-peace-agreement-crisis-myanmar-2022-02-17/>, 2022. 1. 17

39 템포, <https://magz.tempo.co/read/asean-beyond/37838/airstrikes-in-myanmar-after-the-asean-leaders-meeting>, 2021. 5. 3

가져 비난을 자초했다.<sup>40</sup>

국제사회에 보호할 책임(responsibility to protect, R2P)을 호소하던 미얀마 청년들이 “70일 동안 700명밖에 죽지 않았어. 유엔, 천천히 해.”라는 캠페인 문구를 온라인에 게시할 때의 심정이 어땠을지 가늠하기 어렵다.<sup>41</sup>

### #한국기업\_한국정부

‘남 일 같이 알아’서 연대하고 응원하는 사람들이 주변에 많았다. 언론의 관심도 높았고 민간의 지지 성명도 유례없이 많았다. 국회 차원의 결의안도 통과되고 정부도 무기와 전략물자 등의 수출 금지, ODA 전면 재검토, 군사교류 협력 중단 등 강력한 제재조치를 취했다.<sup>42</sup> 긍정적으로 평가하는 부분이다.

그러나 ‘립서비스’에 그치지 않았는지 평가할 필요가 있다. 국회를 통해 확인한 바에 따르면, 과연 ODA를 전면 재검토하고 후속조치를 취했는지 의문이다. 미얀마 군부가 정부대표로 참석하는 아세안 국방협력 실무그룹에 우리 정부도 참여했던 것으로 확인됐다. 코로나19로 인해 교류가 중단된 것을 제재조치라고 말만 바꿔 발표한 것은 아니길 바랄 뿐이다.

더 큰 문제는 일부 한국기업이다. 쿠데타 세력의 자금줄이 되는 사업을 쿠데타 이후에도 중단하지 않거나 적절한 조치를 취하지 않은 한국기업이 국제적으로 지탄의 대상이 되고 있다.<sup>43</sup> 미얀마 군부의 외환수입원 중 50%를 차지하는 가스전 사업에 포스코 인터내셔널이 운영사로 참여하고

40 니카이아시아, <https://asia.nikkei.com/Politics/International-relations/Cambodia-shelves-ASEAN-meeting-as-Myanmar-issue-divides-members>, 2022. 1. 12

41 뉴스디렉토리, <https://www.newsdirectory3.com/only-700-people-died-un-come-slowly-myanmar-struck-photo/>, 2021. 4. 13

42 외교부, [https://www.mofa.go.kr/www/brd/m\\_4080/view.do?seq=371001](https://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4080/view.do?seq=371001), 2021. 3. 12

43 엠비씨, [https://imnews.imbc.com/replay/2021/nwdesk/article/6140192\\_34936.html](https://imnews.imbc.com/replay/2021/nwdesk/article/6140192_34936.html), 2021. 4. 5

있고 한국가스공사가 지분 참여를 하고 있다.<sup>44</sup> 군부는 그 외화수입으로 무기를 구매하고 시민을 학살하는데 비용을 지출하고 있을 개연성이 높다는 것이 웨브론과 토탈에너지 등 다국적기업의 사례에서 이미 드러난 바 있다. 포스코 인터내셔널의 양곤호텔,<sup>45</sup> 포스포 강판의 사업,<sup>46</sup> 이노그룹의 개발사업,<sup>47</sup> 태평양 물산의 의류사업<sup>48</sup> 등은 국제사회의 우려를 겸허하게 받아들이고 적절한 조치를 취해야 한다.

### #우리가\_겨야\_할\_책임

미얀마 시민들과 연대해야 하는 이유는 다양하다. 우리와 비슷한 역사를 공유하고 있다거나, 현지에 여행을 다녀오거나 친구가 있다든지, 한국에서 친하게 지내는 이웃이 미얀마 출신이거나, 내가 입고 있는 옷을 미얀마 노동자가 생산했다거나, 혹은 세계시민의식이 높거나. 한 가지 덧붙이자면, 한국기업이 군부 쿠데타 세력의 자금줄이 되고 있으나 아직도 실효적 조치를 취하지 않았다는 이유가 있겠다. 즉, 미얀마 군부가 시민을 살해할 때 쓰는 총기가 어쩌면 한국기업이 제공한 사업대금으로 구매한 것일 수도 있음에도 불구하고 아무 조치도 하지 않는다면 우리는 이웃국가의 중대한 인권침해에 대해 얼마만큼의 책무성을 다하고 있는지 돌아봐야 한다. 그리고 적절한 법제도의 개선을 통해 책무성의 수준을 높여야 한다.

<sup>44</sup> 연합뉴스, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211028092851076>, 2021. 10. 28

<sup>45</sup> 더그루, <https://www.theguru.co.kr/news/article.html?no=31896>, 2022. 02. 25

<sup>46</sup> 한경경제, <https://www.hankyung.com/economy/article/2021041625471>, 2021. 4. 16

<sup>47</sup> 프레시안, <https://www.pressian.com/pages/articles/2021060821503990853>, 2021. 6. 9

<sup>48</sup> 엠비씨, [https://imnews.imbc.com/news/2021/world/article/6128811\\_34880.html](https://imnews.imbc.com/news/2021/world/article/6128811_34880.html), 2021. 3. 25

입법제안
플랫폼 노동자 보호 법제에 대한 검토
범유경

**I. 플랫폼 노동의 개관**

**1. 플랫폼 노동의 정의**

‘플랫폼 노동’, ‘플랫폼 노동자’는 아직 법적 개념으로 확립되어 있지 않다. 따라서 플랫폼 노동자의 보호 법제에 대해 논하기에 앞서 ‘플랫폼 노동’이란 무엇인지 짚어두어야 할 것이다.

긱 경제(Gig Economy), 산업 4.0, 공유경제, 온 디멘드 이코노미 등으로 다양하게 불리는 근래의 산업 변화가 노동 시장에도 영향을 미치면서 ‘플랫폼 노동’의 형태가 등장했고, 그 최신성으로 인해 ‘플랫폼 노동’에 대한 정의가 합의되었다고 보기는 어렵다. 다만 학계와 일자리위원회 등에서 연구를 진행하면서 여러 방식으로 ‘플랫폼 노동’을 정의해온바, 이를 간략히 소개한다.



가. 학계의 정의

학계에서는 ‘플랫폼’을 먼저 정의하고 이에 기초해서 플랫폼 노동을 정의하거나 ‘플랫폼 노동’ 자체를 직접적으로 정의하고 있다.

먼저 ‘플랫폼’에 대한 정의를 살펴보면 ① 기반시설로서 단지 외부의 생산자나 소비자뿐만 아니라 서로 다른 사용자들을, 즉 고객, 광고업자, 서비스 제공자, 제작자, 공급자, 심지어 물리적 객체까지도 망라하는 중개자<sup>1</sup>, ②개인이나 기업 등 누군가가 참여함으로써 비로소 가치가 창출되는, 주로 IT기업이 제공하는 인터넷서비스 혹은 사용자들이 서로 만나 상호작용이 일어나는 공간<sup>2</sup>, ③ 재화와 서비스(노동)가 교환되는 구조화된 디지털 공간<sup>3</sup> 등이다. ④ 플랫폼경제는 플랫폼을 활용한 재화와 용역의 창출을 통해 기업의 부가가치를 창출하는 경제활동 영역을 의미하며, 플랫폼노동은 플랫폼경제가 플랫폼의 부가가치를 창출하기 위해 활용하는 노동력이라고 정의하는 이승협, 윤상우의 정의도 주목할 만하다.<sup>4</sup>

‘플랫폼 노동’을 직접적으로 정의한 경우로는 ① 유급노동을 제공해 고객과 매칭되는 고용형태 또는 특정 문제를 해결하거나 특정서비스를 제공하는 고용형태<sup>5</sup>, ② 온라인을 통해 플랫폼을 이용하여, 불특정 조직이나 개인이 문제해결이나 서비스를 제공하고 보수 혹은 소득을 얻는 일자리<sup>6</sup>,

1 김상민, 「플랫폼 위에 놓인 자본주의 이후의 삶」, 『문화과학』, 2017  
 2 김소영, 「디지털플랫폼에 의한 노무제공자의 근로자성 판단」, 충남대학교 법학연구소, 『법학연구』 제29권 제4호, 2018  
 3 장지연/ 정민주, 「플랫폼노동 실태파악을 위한 통계 설문방안 검토」, 2020, 장지연, 「플랫폼노동자의 규모와 특징」, 『고용·노동브리프 제104호』, 2020에서 재인용  
 4 이승협/ 윤상우, 「집단적 노동관계를 통한 플랫폼노동 종사자 보호 방안 노동조합의 역할을 중심으로」, 『노동연구』 제42집, 2021  
 5 정찬영/ 이승길, 「플랫폼노동 종사자의 노동법적 쟁점과 보호방안」, 『아주법학』 제14권 제1호, 2020  
 6 ILO, Digital labour platforms and the future of work Towards decent work in the online world, 2018, 김중진 외12, 『서울시 디지털 플랫폼노동 실태와 정책과제 연구』, 2019에서 재인용

③ 앱이나 SNS 등의 디지털 플랫폼에 소속되어 일하는 것으로서 고객이 플랫폼에 서비스를 요청하면 그 정보를 노동 제공자가 보고 서비스를 제공하는 노동 형태<sup>7</sup> 등이 있다.

나. 일자리위원회의 정의<sup>8</sup>

2020. 7. 일자리위원회 ‘플랫폼노동과 일자리TF’에서는 플랫폼 노동 실태조사를 진행하면서 플랫폼 노동의 네 가지 조건을 제시했다. 그 조건은 ① 디지털 플랫폼을 통해 거래(소개, 중개, 알선)되는 것이 서비스(용역) 또는 가상재화이고, ② 디지털 플랫폼을 통해서 일거리(일감)를 구해야 하며, ③ 디지털 플랫폼이 대가나 보수를 중개하고, ④ 디지털 플랫폼을 통해 중개되는 일감이 특정인이 아닌 다수에게 열려 있어야 한다는 것이었다. 이에 기초해 일자리위원회는 광의의 플랫폼 종사자(3개월 동안 한 번이라도 온라인 플랫폼의 중개 또는 알선을 통해 일감을 얻어 수입이 발생한 경우, 즉 ①과 ② 조건 충족)와 협의의 플랫폼 종사자(광의의 플랫폼 종사자 중에서 ③과 ④ 조건 충족)로 분류하였다. 해당 통계에서 광의의 플랫폼종사자는 약 220만 명, 협의의 플랫폼 종사자는 약 66만 명에 달한다<sup>9</sup>고 조사되었다.

협의의 플랫폼 종사자는 배달, 배송, 운전 관련 직종에 종사하고 있었고 (76.0%) 부업보다는 주업(82.3%)으로 플랫폼 노동을 제공하고 있었다.

7 김승래, 「디지털 전환시대 플랫폼 노동자의 법적 보호방안」, 『법학연구』, 제21권 제2호, 2021  
 8 김준영 외3, 「플랫폼종사자의 규모와 근무실태」, 『고용동향 브리프』, 2021년 9호, 2021  
 9 다만 협의의 플랫폼 종사자를 추리는 과정에서 일반적으로 플랫폼이 일감을 배분하는 경우는 제외되었음을 고려해야 한다.

## 2. 플랫폼 노동의 유형과 특징

### 가. 플랫폼 노동의 유형에 대한 논의

기존 연구에서는 ① 노동에 대한 플랫폼의 역할에 따른 분류인 호출형, 관리형, 중개형, 전시형, 미세작업 플랫폼,<sup>10</sup> ② 온·오프라인의 특성을 각 띠고 있는 웹 기반 플랫폼과 지역 기반 플랫폼,<sup>11</sup> ③ 기반형, 매개형, 복합형 플랫폼<sup>12</sup> 등으로 플랫폼 연구를 분류하고 있다. 유형화와 관련해서는 ④ 지역기반과 웹기반 플랫폼으로 플랫폼을 구분하는 슈미트의 유형화가 많은 시사점을 제공한다고 평가된다. 이승엽, 윤상우는 웹기반의 노동플랫폼은 기존에 프리랜서로 불리우던 전문직 노동자들이 이용하는 플랫폼이어서 노동자성의 문제가 제기되지 않는 반면 지역기반 노동플랫폼 이용자들은 단순노무의 과업을 개수임금의 형태로 보상을 받으면서 노동을 제공하는 경우가 많으며, 후자의 경우에 노동자성 문제가 대두됨을 암시한다.<sup>13</sup> 그러나 기실 웹기반 플랫폼의 경우에도 근로자성 문제가 발생하지 않는다고 단정하기는 어렵다. 웹기반 플랫폼으로 전문 기술을 제공하는 전형적 형태인 웹툰, 웹소설 작가 중에서도 특정한 에이전시나 플랫폼에 전속된 형태로 노무를 제공하는 이들이 있다는 보고가 있고, 과노동으로 인하여 특정 플랫폼에 사실상 종속되어 노무를 제공하는 과정에서 결국 전통적 근로자와의 경계가 희미해진다고 볼 만한 사례도 얼마든지 발견된다.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> 국가인권위원회, 『플랫폼노동 종사자 인권상황 실태조사』, 2019

<sup>11</sup> ILO, 앞의 글

<sup>12</sup> 김소영, 앞의 글

<sup>13</sup> 이승엽/ 윤상우, 앞의 글, 97, 98쪽

<sup>14</sup> 범유경/ 강은희/ 이도경, 『디지털 플랫폼 콘텐츠 창작 노동자의 노동 조건에 관한 연구』(미간행), 2022

### 나. 플랫폼 노동의 특징

장지연은 플랫폼 노동의 자율성과 종속성은 서비스 가격과 수행 일감, 근로 시간에 대한 결정권이 누구에게 있는지, 평가 시스템에 있는지에 따라 스펙트럼을 가진다고 정리한다. 특히 성과 관리 측면에서는 알고리즘이 등장하는데, (플랫폼 노동자들은 알고리즘의 정보를 제공받지 못하므로) 알고리즘은 플랫폼 노동자들의 자기통제 기제로 작동한다.<sup>15</sup> 플랫폼에서 활동하는 창작 노동자들도 마찬가지로 자기통제, 노동시간 증대, 고립된 상태에서의 노동 수행, 평가에 의한 수익 결정 과정 등을 경험한다.<sup>16</sup>

협약의 플랫폼 종사자 중 대다수가 배달 등 기존에 이미 있었던 업종에 종사하고 있다. 또한 장지연의 지적처럼 서비스 가격과 일감 등이 플랫폼에 의해서 배분되는 형태의 노무제공도 발견된다. 다만 플랫폼 노동 종사자는 계약관계의 지속성이나 사용자에의 전속성 측면에서, 법적으로 불안정한 지위에 처하기가 쉽다. 계약이 초단기적이고 사용자가 다수로 구성될 수 있기 때문이다.<sup>17</sup> 이로 인해 산업재해보상보험법에 의한 보호를 받는 일도 쉽지 않다는 점이 문제점으로 제기되어 왔다.

그러나 박은정은 이와 같은 초단기성과 비전속성의 차원에서 플랫폼 노동을 기존 노동과 구별하는 데 비판적이다. 그에 따르면 플랫폼 노동관계가 초단기적 계약의 특성을 갖는다고 해서 필연적으로 기존 노동 법제를 적용할 수 없는 것은 아니며, 초단기성으로 인해 비전속성이 유발된다고 하더라도 사용자에게 종속될 수 있는 한 노동법은 적용될 수 있다. 복수의

<sup>15</sup> 장지연, 앞의 글

<sup>16</sup> 최인이, 『문화예술산업 노동자들의 이해대변 전략에 관한 연구 : 문화예술노동연대의 예술인 고용보험 도입 추진 사례를 중심으로』, 『시민사회와 NGO』 제17권 제1호, 2019

<sup>17</sup> 신동윤/ 한인상, 『플랫폼노동의 쟁점과 향후 입법·정책적 과제』, 『노동법포럼』 제29호, 2020

사용자에게 종속되어 전속성을 띠지 못하더라도 종속성이 인정되는 이상 사용자성과 근로관계는 인정될 수 있고, 노동법제 역시 작동할 수 있다는 그의 비판은 새길 만하다.<sup>18</sup>

이러한 박은정의 주장은 플랫폼 노동의 형태가 기존 비정규직이나 특수 고용형태와 유사하다는 이승엽 및 윤상우의 지적과 오버랩된다. 이승엽, 윤상우는 플랫폼 노동이 1) 독립적 생계를 유지할 수 있는 경제적 및 지식 자본을 확보하지 못하고 있으며, 2) 플랫폼이 제공하는 중개과정에서 단순노무를 반복적이지만 지속적으로 제공하고, 3) 제공한 노무에 대해 개수 임금을 지급받으며, 4) 이로 인해 고용의 불안정성이 높고, 5) 생존을 위한 소득의 변동성이 높다는 특성을 갖는다고 서술함으로써 기존 비정규직이나 특수고용직과 플랫폼 노동이 상당 부분 유사하다는 점을 적절히 지적한다. 이는 국가인권위원회 보고서에서 플랫폼 노동의 특징으로 네트워킹화, 디지털화 외에 ‘유연화(불안정화)’가 꼽힌 것과 궤를 같이 한다.<sup>19</sup>

### 3. 소결

여태까지의 개념 정의를 종합해보면 가상 공간에서 다자 간 상호작용을 통해 노동이 제공될 때 그 공간을 ‘디지털 플랫폼’으로, 제공된 노동을 ‘디지털 플랫폼 노동’으로 호명한다는 공통점이 도출된다. 또한 플랫폼 노동에 대한 다양한 유형화 시도가 있으며 플랫폼 노동의 특징을 규명하는 작업도 활발하게 이루어지고 있다. 플랫폼 노동은 초단기성과 비전속성이라는 특징을 띠고, 디지털 공간을 통해서 중개된다는 점에서 특질이 있다. 그럼에도 불구하고 그 상세한 면면을 살펴보면 반드시 플랫폼 노동이 새

로운 형태의 노동이라고 보아야 할 일인지는 의문이다. 플랫폼 노동은 많은 부분에서 기존 비정규직과 성격을 공유하고 있다. 또한 플랫폼 노동의 특징으로 꼽히는 초단기성과 비전속성은 플랫폼 노동자의 노동자성과 사용자의 사용자성을 은폐하는 기제로 작동하는데, 그러한 은폐의 장막을 걷어내고 나면 기존의 노동 법제가 플랫폼 노동자에게 적용될 여지도 있을 것이다.

## II. 플랫폼 노동자 보호 법제에 관한 검토

### 1. 플랫폼 노동자 보호 향방

앞서 본 바에 따르면 플랫폼 노동을 전통적인 노동 형태와 완전히 동일시할 수는 없다. 그리고 사견으로는 기존의 법제가 플랫폼 노동자를 모두 보호하지도 못하리라고 본다. 즉 필자는 플랫폼 노동자가 근로기준법과 노동조합법상 근로자로 인정된다고 하더라도 그것으로 모든 문제가 일거에 해결되지는 않으리라고 전망한다. 그것은 다른 무엇보다도, 전통적인 법리가 플랫폼 노동자에 대한 충분하고 적절한 보호를 제공하기 어렵다는 점에서 그러하다. 그 이유는 플랫폼 노동자를 ‘근로자’로 포섭한다고 해서 플랫폼 노동에 특유하게 발생한 노동조건이나 환경이 곧바로 노동관계법령의 특정 개념으로 포섭되는 것은 아니기 때문이다.

그 단적인 예가 알고리즘이다. 배달, 택시, 대리운전 등 다양한 디지털 플랫폼에서 알고리즘이 활용된다. 알고리즘은 플랫폼 노동자에게 일감을 배정하고, 요금을 책정하며, 소비자의 평가를 노동자에 대한 평가로 반영한다. 이 알고리즘은 기존에 사용자들이 고용했던 매니저의 지휘·감독

<sup>18</sup> 박은정, 「지금 왜 다시 사용자인가?: 플랫폼 노동관계에서 사용자 찾기」, 『노동법포럼』 제31호, 2020

<sup>19</sup> 국가인권위원회, 앞의 글

역할을 대체했으며, 현장에서 플랫폼 노동자들은 알고리즘에 기초해 구체적인 불이익을 겪고 있다. 이 때문에 플랫폼 노동자들은 알고리즘 공개를 요구한다.<sup>20</sup> 알고리즘의 지배를 받고 있는 이 노동자들을 근로기준법상 근로자라고 전제하자. 그렇다면 이들은 근로기준법상 어떤 법조문에 의하여 이들은 알고리즘에 대한 정보를 제공받을 수 있는가? 근로기준법에는 ‘알고리즘’에 대해서는 단 한 글자도 적혀 있지 않다. 즉 플랫폼 노동자를 근로자로 포섭하더라도 이들의 노동환경이나 조건을 구성하는 요소들에 대해서는 또 다른 법적 응답이 필요한 것이다.

플랫폼 노동자를 근로기준법, 노동조합법, 산업재해보상보험법상 근로자로 포섭하는 것은 그 자체로 매우 중대한 의미를 지니고 있고 상당히 많은 문제를 해결해준다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 앞서 본 바와 같이 그것만으로 플랫폼 노동자들이 충분히 보호받는다 고 확신할 수는 없다. 결국 플랫폼 노동자 보호 법제에 대해서는 쉬운 해결이 없으며, 다양한 각도에서 여러 시도를 고찰해보는 수밖에 없다. 가령 ① 종래의 노동관계법령상 보호를 플랫폼 노동자에게 해석의 확장을 통해 적용하는 방향, ② 노동관계법령의 개정을 통해 플랫폼 노동자를 근로자로 포섭하는 방향, ③ 플랫폼 노동자를 독립사업자로 보되 경쟁법(competition law, 일본과 한국에서는 주로 ‘경제법’이라고 호칭함)에 기초해서 이들의 열악한 지위를 보호하는 방향, ④ 특별법을 제정해(독립사업자도 근로자도 아닌) 특수한 법적 지위를 부여하는 방향, ⑤ 각 플랫폼 영역별로 특별법을 제정하는 방안 등을 고민해볼 수 있을 것이다. 아래에서는 기존 노동관계법령을 플랫폼 노동자에게 적용하고자 하는 시도에 대한 기존 논의에 대해서 간략히 살펴보고, 이와 대조하여 특별법 제정 논의로서 <플랫폼 종사자

20 황금빛, 플랫폼 노동자들 “카카오·배민 알고리즘에 피해…플랫폼종사업자법도 반대”, <https://www.bloter.net/newsView/blt202110050024>, 검색일: 2022. 4. 10.

보호 및 지원에 관한 법률> 입법 시도에 대해서 살펴본다. 끝으로 경쟁법과 각 플랫폼 영역별 특별법 제정, 기존 법령의 상세한 개정과 관련하여, 플랫폼 노동계의 노동조합들의 요구사안들을 참고하여 함께 검토한다.

## 2. 기존 노동관계법령의 확장과 적용 노력

학계에서는 종래의 노동관계법령상 보호를 플랫폼 노동자에게 어떻게 적용할 수 있을 것인가에 대해 해석론(①)과 입법론(②)을 펼쳐 왔다. 종래의 대법원 법리의 경직성을 비판하면서 해석론적으로 기존의 노동관계법령을 종속성에 기초해 플랫폼 노동자에게 적용하자는 견해,<sup>21</sup> 기업의 통상적인 영업에 일을 제공한 이를 근로자로 대우하라는 미국의 접근 방식을 참고하여 해석론을 펼치는 견해,<sup>22</sup> 플랫폼측의 사용자성에 집중하여 해석론을 펼치는 견해,<sup>23</sup> 특히 음식배달원의 사례에서 이들이 지휘감독을 매우 강력히 받고 있으며 종속성을 띤다는 점을 강조해 이들을 근로자로 포섭하려는 견해,<sup>24</sup> 근로기준법상 근로자로 포섭하기는 어렵겠으나 노동조합법상 노동조합으로 설립신고증을 교부받은 점에 기초해 노동조합법에 의한 보호를 피하는 견해,<sup>25</sup> 플랫폼 노동조합의 조직력에 초점을 두어 산별노조와 산업별 교섭을 활성화할 수 있는 노사관계법 제정을 촉구하는 견해<sup>26</sup> 등이 이러한 시도이다.

제21대 국회에서는 강은미 의원 등이 플랫폼 노동자를 포함한 다양한

21 김소영, 앞의 글

22 이다혜, 「근로자 개념의 재검토: 4차 산업혁명, 플랫폼 노동의 부상에 따른 ‘종속노동’의 재조명」, 『노동법연구』 제49호, 2020

23 박은정, 앞의 글

24 방강수, 「플랫폼 아날로그 노동과 음식배달원의 근로자성」, 『노동법학』 제74호, 2020

25 신동윤/한인상, 앞의 글

26 이승협/윤상우, 앞의 글

유형의 노무제공자들에게 대한 오분류 문제를 해결하기 위한 근로기준법 개정안을 발의하였다. 해당 개정안은 ILO 고용관계 권고(제198호 제11항), 미국 캘리포니아 대법원 판결의 ABC 테스트 등을 참고하여 근로자성에 관한 증명책임을 전환하는 내용을 담고 있다. 즉 타인에게 노무를 제공한다는 점을 증명하면 근로자로 추정되고 그 추정 복명은 사용자가 하도록 입증책임을 지웠다. 또한 타인의 근로제공으로 인해 경제적 이익을 보고 근로조건 결정에 실질적 지배력을 행사하는 자를 사용자로 보는 내용도 포함되었다. 플랫폼 노동자와 사용자(플랫폼)가 은폐되는 현상을 줄여줄 것이 기대되는 입법 시도라고 평가할 수 있다.

이와 같이 기존 노동관계법령을 플랫폼 노동에까지 확장하여 적용하는데에는 분명한 이점이 있다. 많은 시행착오를 거쳐 확립된 ‘노동자에 대한 최소한의 보호’와 ‘사용자의 최소한의 책임’을 플랫폼 노동자에게도 적용할 수 있는 길이 열린다는 점이다. 근로시간의 상한 등 근로조건외의 최저 기준, 근로계약서의 서면 교부, 근로조건외의 명시, 중간착취의 금지, 해고의 제한, 취업방해 금지 등 다양한 종류의 보호 법제가 근로기준법에 명시되어 있고, 노동쟁의에 대한 권리와 한계, 부당노동행위에 대한 제재 등이 노동조합법에 규정되어 있다. 또한 근로기준법상 근로자를 적용 대상으로 전제하는 산업재해보상보험법에 의한 보호와 보상도 간과할 수 없다. 근로자성을 인정받는지 여부에 따라 이러한 보호가 적용되는지 여부가 판가름 나는 한국의 노동관계법제 하에서, 플랫폼 노동자에게 근로자성을 인정하는 것은 각별한 의미를 지닐 수밖에 없다.

노동관계법을 플랫폼 노동자에게 적용함으로써 이와 같은 보호의 울타리 안으로 플랫폼 노동자들을 들어오게 하는 시도는 나아가 그 울타리의 저변을 확대하는 의미도 지닌다. 근로기준법상 근로자 판단 기준은 꾸준히 상당한(혹은 구체적) 지휘·감독과 전속성에 가까운 종속성 등 엄격한

요건들을 충족할 것을 요구해왔다. 노동 형태가 끊임없이 변화하는 오늘날 근로자성이 너무 좁게 판단되고 있는 것은 아닌지에 대해 종래의 낡은 기준을 재고해 볼 필요가 있고, 플랫폼 노동자의 근로자 포섭은 그 계기가 되어줄 수 있다.

또한 산업재해보상보험법의 경우 플랫폼 노동자의 문제가 대두된 국면에서 전속성<sup>27</sup>이 쟁점으로 크게 부각되고 있다. 여러 사업장에서 노무를 제공하는 플랫폼 노동자는 전속성 요건을 충족하기 어렵게 된다. 이러한 전속성 요건을 폐지하여줄 것을 라이더유니온 등에서 지속적으로 요구해온 바 있다.<sup>28 29</sup> 전속성 요건이 폐지되는 경우에 산업재해보상보험법의 적용 범위가 확대될 것이며, 그 확대의 수혜는 플랫폼 노동자에게 국한되지 않을 것이다.

다만 이러한 의의에도 불구하고, 앞서 논한 바와 같이 플랫폼 노동자에게 근로자성을 부여하는 것만으로 모든 문제가 깔끔히 해결될 수는 없다. 플랫폼 노동을 구성하는 여러 요소들에 대해서는 다시금 법적 해석이 필요하기 때문이다. 더욱이 플랫폼 노동자의 자율성과 독립성의 스펙트럼은 매우 넓기 때문에 이들에 대해서 획일적으로 근로자로 규율하는 것이 가능하고 또 타당한지는 다시 논의가 필요하다.

27 제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다. <개정 2010. 1. 27., 2020. 5. 26.>1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것

28 이승재, ‘특수고용직’ 221만 명…산재보험·고용보험 등 사회보험 ‘사각지대’, <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4165400&ref=A>, 검색일: 2022. 4. 11.

29 김지환, ‘산재 전속성’ 벽에 가로막힌 배달라이더, <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202204091105001>, 검색일: 2022. 4. 11.

### 3. <플랫폼 종사자 보호 및 지원에 관한 법률>(이하 ‘플랫폼 종사자법’) 입법 시도와 그 한계

2021. 3. 18.자로 장철민 의원이 대표발의한 <플랫폼 종사자 보호 및 지원에 관한 법률>안(이하 ‘장철민 의원안’)은 다음과 같은 제안 이유를 담고 있었다.

최근 코로나19 등으로 인해 디지털 사회로의 전환이 가속화되면서, 플랫폼을 매개로 노무를 제공하는 사람도 급격하게 증가하고 있음. 2020년 조사에서 플랫폼을 통해 고객이나 일감을 구하는 광의의 플랫폼 종사자는 179만 명으로 취업자의 7.4%에 해당하며, 이 중에서 일의 배정 등에 영향을 미치는 플랫폼을 매개로 노무를 제공하는 협의의 종사자는 22만 명으로 취업자의 0.9%에 해당하여 플랫폼 일자리가 확산되고 있는 것으로 볼 수 있음.

플랫폼 일자리는 번역, 데이터 라벨링 등으로 다양하게 나타나고 있으며, 전반적으로 본인이 업무수행여부와 일하는 시간을 선택하는 비율이 높지만, 가격결정권의 유무, 성과평가 여부 등은 일률적으로 판단할 수 없음.

이러한 플랫폼 일자리는 자율성이 극대화되고 비공식 노동이 공식화되는 등 긍정적인 측면이 있지만, 고용과 소득이 불안정하고 일하는 과정에서 기본적인 권익을 보호받지 못하는 개선이 필요한 측면도 있어 플랫폼 종사자 보호가 시급한 상황임

이에 「근로기준법」, 「노동조합 및 노동관계조정법」 등 노동관계법상 근로자에 해당하는 플랫폼 종사자에 대해서는 노동관계법을 우선적으로 적용하여 보호하고, 플랫폼 종사자의 기본적인 권익 보호 및 공정한 계약관계를 확립하기 위한 사항을 규율하고자 함. 이를 위해 플랫폼 운영자와 플랫폼 이용 사업자가 지켜야 할 사항 등을 규정하는 한편, 플랫폼 종사자의 권익 보호 등에 관한 기본계획 수립 등 정부의 책무를 명확히 함으로써 플랫폼 종사자의 사회적·경제적 지위 향상을 도모하고 온라인 플랫폼 산업의 건전한 발전에 이바지하려는 것임.

그러나 해당 법률안은 노동관계법령이 플랫폼 노동자에게 적용되는 해석이 나오는 현실 속에서 오히려 퇴보라고 평가받으면서 플랫폼 노동자 당사자단체로부터의 반대에 부딪혔다.<sup>30</sup> 이에 대하여 수정안적 성격을 띠는 이수진 의원 대표발의안(이하 ‘이수진 의원안’)이 2021. 11. 11. 제안되었으나 이 역시 한계점을 띠고 있었다. 2021. 11. 22. 국가인권위원회가 장철민 의원안에 대해 의견을 표명하였고, 이후로 국회에서 별다른 논의나 심사가 이루어지지 않은 채로 시간이 흐르고 있는 실정이다. 여기에서는 장철민 의원안의 문제점, 이수진 의원안의 수정 부분, 국가인권위원회의 의견 표명의 내용을 간략히 살펴보려 한다.

#### 가. 장철민 의원안의 문제점

장철민 의원안에 대해서는 알고리즘을 통해 지휘·감독을 받고 있는 배달노동자 등, 근로기준법이나 노동조합법상 근로자성이 뚜렷한 노동자에 대해서도 근로기준법 적용 가능성을 박탈할 여지가 있다는 점이 첫 번째 문제점으로 지적되었다. 다만 장철민 의원안은 근로기준법 등 기존의 노동관계법령이 적용되는 근로자에 해당하는 경우 그 법을 먼저 적용하고, 다만 플랫폼 종사자법이 더 유리한 경우에는 플랫폼 종사자법을 적용하는 소위 유리의 원칙을 적용한다고 명시하고 있었다(제3조). 이에 유리의 원칙이 명시되어 있는 만큼 노동관계법령의 보호를 잠탈할 문제는 발생하지 않는다는 일각의 주장이 있었다. 그러나 장철민 의원안에는 근로자성 입증 전환 규정이 없기 때문에 결국 유리의 원칙을 주장하는 근로자 측이 법원의 판단을 거쳐 근로자성을 인정받아야 하는 난제를 부담해야 한다. 그

<sup>30</sup> 황금빛, 앞의 글

리한 근로자성 판단에 상당한 시간이 소요되는 점을 고려하면, 결국 플랫폼 종사자법상의 '플랫폼 종사자'로 판단되는 순간 기존의 노동관계법령의 보호는 박탈될 가능성이 높았다.

플랫폼 종사자법에서 기존 노동관계법령만큼의 보호를 제공하였다면 이러한 문제를 불식시킬 수 있었겠지만, 그렇게 보기도 어려웠다. 플랫폼 종사자법에는 플랫폼 이용 사업자의 노무제공계약의 공정 체결과 계약서의 서면 제공 의무(제13, 14조), 업무 및 계약의 이행과 무관한 사항 수행 요구나 부당한 책임을 전가하는 행위의 금지(제15, 16조), 계약 해지의 서면 제공(제18조), 불리한 처우의 금지와 사생활 등의 보호(제20 내지 25조), 직업능력개발의 지원(제27조) 등이 포함되어 있기는 했다. 그러나 근로기준법상의 취업방해금지, 해고의 제한, 중간착취 금지에 준하는 내용은 찾아볼 수 없었다.

또한 플랫폼 종사자가 협상에서 열위에 있게 된다는 점을 간과한 지점도 발견되었다. 해당 법안은 플랫폼 이용사업자가 노동자가 대등한 지위에서 계약을 공정하게 체결해야 하며, 계약 내용 변경이나 해지 시 10일(변경) 혹은 15일(해지) 전에 서면으로 제공해야 한다고 정하고 있었다(제13조, 제18조). 그러나 플랫폼 종사자법은 근로기준법과는 달리 근로조건의 최저선을 규정하고 있지 않기 때문에 플랫폼 이용자로서는 계약서를 서면으로 제공하기만 하면 플랫폼 이용 수수료의 부과 기준 등을 일방적으로 결정할 수 있다. 법안의 제안 이유에서 밝혔듯 플랫폼 노동시장에 노동인력 공급량이 쏟아지고 있다면 플랫폼 이용사업자로서는 제안한 조건을 받아들이지 않는 사람과는 계약 체결을 하지 않으면 그만이다. 결국 플랫폼 종사자가 플랫폼 이용사업자와 '대등한 지위'를 갖는다는 보장은 전혀 없다.

장철민 의원안 제16조에서는 플랫폼을 통한 고용관계에서 발생하는 위

험을 노동자에게 전가시키는 문제가 발견되었다. 플랫폼 이용 사업자의 고의 또는 과실로 발생한 손해를 플랫폼 노동자가 부담할 이유가 없음에도, 해당 법안 제16조에서 플랫폼 이용 사업자는 자신의 고의 또는 과실로 손해가 발생한 경우에 이에 대한 책임을 플랫폼 종사자에게 '부당하게' 부담시켜서는 안 된다고 정함으로써 플랫폼 종사자가 부담할 여지를 남겨두고 있었다.

무엇보다, 그간 플랫폼 노동자들이 요구해온 알고리즘 공개에 대해 미온적이었던 점이 큰 문제점으로 지적되었다. 상술한 바와 같이 다수의 플랫폼에서 노무의 배정, 보수, 이용 수수료, 평가 방법, 기준, 결과 활용 등에 관한 주요 사항은 알고리즘으로 관리되고 있는데, 해당 법안 제8조에서는 이와 관련된 정보를 종사자에게 제공하도록 하면서도 '다만, 플랫폼 운영자의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개되면 플랫폼 운영자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보의 경우에는 그러하지 아니'하다고 정하고 있었다. 그렇다면 알고리즘 등 관련 정보를 제공할 것을 요구하더라도 플랫폼 측에서는 경영상·영업상 비밀에 관한 사항이라고 주장하면서 거부할 것임이 충분히 예상 가능하다. 결국 플랫폼 노동자 입장에서는 법원을 통해 관련 정보 제공을 주장할 수밖에 없고, 그에 들어가는 시간과 비용도 감수해야 한다. 나아가 플랫폼 노동자가 법원을 통해 어렵게 정보를 제공받더라도 법원의 판단이 내려지는 기간 동안 플랫폼 측에서 알고리즘의 주요 매개변수 등을 변경했다면, 받아들인 정보의 유용성도 의심할 수밖에 없을 것이다. 더욱이 플랫폼 운영자는 정당한 이유 없이 제8조 제1항 소정 정보를 제공하지 않더라도 500만 원 이하 과태료만 부과 받는다.

이 지점에서 플랫폼 기업의 '영업 비밀'에 해당하는 알고리즘 공개 요구는 지나친 것이 아니냐는 반대의견이 있을 수 있다. 그러나 알고리즘이

실질적으로 하고 있는 역할이 기존에 사용자가 고용한 중간관리직들이 하던 지휘·감독, 일감의 배정, 보수의 결정, 평가 기준 등임을 상기해야 한다. 이러한 내용들은 전통적인 노무제공관계에서라면 근로계약이나 단체협약, 취업규칙에 의해 정해졌을 것이다. 근로계약, 단체협약, 취업규칙은 서면으로 교부되거나 근로자가 알 수 있는 곳에 공개되는 등으로 그 내용이 근로자에게 알려져 있도록 되어 있다. 알고리즘이라는 새로운 수단을 사용했다라도 그 실질이 근로에 대한 규율이라면, 그 내용이 공개되지 말아야 할 이유는 없다.

끝으로 장철민 의원안은 실효성이 없었다. 근로기준법은 근로자가 임금, 근로시간, 휴일, 연차 휴가 등 자신의 근로조건을 정확히 알 수 있도록 보장하기 위하여 근로계약서의 교부 의무를 두고 있고, 만약 교부된 근로계약서상의 근로조건이 사실과 다른 경우 근로자는 손해배상 청구권까지 가진다(근로기준법 제19조). 근로계약서 서면 교부를 하지 않으면 근로기준법 제114조 제1호에 따라 형사처벌의 대상이 된다. 반면 장철민 의원안에 따르면 플랫폼 이용계약서 제공 의무를 위반할 경우 그 제재는 과태료 최대 500만 원에 그친다. 제6조(플랫폼 이용계약 변경 및 해지시의 절차)에 대한 위반 역시 마찬가지다. 제17조 제2항(보수 지급기준 변경 절차), 제20조 내지 제24조(불이익 조치 등 금지)에 대한 위반도 과태료 최대 500만 원에 불과한 제재가 적용된다. 심지어 제15, 16조(부당한 업무수행 요구 및 책임의 부당한 전가 금지)에 대한 위반에 대해서는 제재수단 자체가 없다.

나. 이수진 의원안의 성격과 문제점

이수진 의원안은 장철민 의원안에 대한 수정안적 성격을 띠고 있으며,

제3조 제2항에서 근로자성에 대한 입증책임 전환 규정을 두었다는 중요한 의의가 있었다.

**제3조 제2항**  
제1항에 따라 플랫폼 종사자가 「근로기준법」, 「노동조합 및노동관계조정법」 등 노동관계법률의 적용을 주장하는 경우, 이에 해당하지 않는다는 점은 이를 주장하는 운영 사업자나 이용 사업자가 증명하여야 한다.

그러나 입증책임이 전환되기는 하였어도 플랫폼 종사자가 근로자로 추정되는 규정은 두지 않았다는 점을 유의해야 한다. 그 외의 부분은 장철민 의원 안과 흡사하며, 문제점 역시 답습하고 있었다.

다. 국가인권위원회 의견 표명(2021. 11. 22.)

국가인권위원회는 2021. 11. 22.자로, 장철민 의원 안에 대하여 다음과 같이 의견을 표명하였다.

- ① ‘일의 배정 등에 영향을 미치는 플랫폼을 매개로 노무를 제공하는 플랫폼 종사자’의 경우 근로기준법 등에 따른 근로자로 추정하고 그 반대의 입증책임은 플랫폼 운영자에게 있음을 명시할 것
- ② 플랫폼 운영자 및 플랫폼 이용 사업자 외에, 플랫폼 종사자에 대한 불이익 조치 등 권익을 침해하거나 플랫폼 종사자의 노무제공조건 등을 실질적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자의 연대책임 규정을 명시할 것
- ③ ILO 제87호 <결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약>과 제98호 <단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약>에 따른 플랫폼 종



사자의 단결권 및 단체교섭권 등 집단적 권리를 명시할 것

④ 과도한 수수료 공제 문제의 개선을 위하여 수수료 비율에 대한 상한선 설정 등 적절한 규제방안을 마련할 것

⑤ 플랫폼 종사자의 인격권과 신체적·정신적 건강 보호를 위하여, '괴롭힘등' 금지규정의 수범자 범위를 '누구든지'로 확대할 것

국가인권위원회의 의견 표명은 장철민·이수진 의원안에 비하여 플랫폼 노동자의 권익 보호 측면에서 진일보했음은 명백하다. 다만 알고리즘 등 관련 정보의 제공 의무나 플랫폼이 사용자로서 저야 할 책임(단체교섭 의무 등)에 대해서는 명시하고 있지 않다는 점을 한계로 꼽을 수 있을 것이다.

**4. 경쟁법과 영역별 특별법의 제정 등**

**가. 경쟁법 분야**

공정거래위원회에서는 공정거래법, 유통3법, 하도급법, 전자상거래법, 방문판매법, 할부거래법, 소비자기본법, 약관법 등을 소관하고 있다. 이러한 법령들이 온라인 플랫폼에서 적용되지 않는 것은 아니고 전자상거래법이나 대규모유통업법 등이 적용되고 있으나, 중개거래 시장의 문제 유형이 모두 규제된다고 보기는 어려운 실정이다.

이에 플랫폼에 대한 직접적인 규제를 위하여 공정거래위원회의 주도로 <온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안>이 2021. 1. 28.자로 발의된 바 있다(의안번호: 2107743).<sup>31</sup> 해당 법률은 온라인 플랫폼 사업자

<sup>31</sup> <온라인 플랫폼 기본법안>, <온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안>, <온라인 플랫폼 중개서비스 이용거래의 공정화에 관한 법률안> 등 유사한 제목의 입법안이 제21대 국회에서 발의된 바 있으나 모두

(가령 음식주문대행사)와 온라인 플랫폼 이용자(가령 배달대행사, 제휴음식점) 사이의 관계를 규율한다. 공정거래위원회는 해당 법률에 대한 보도자료에서 대표적으로 오픈마켓, 배달앱, 앱마켓, 숙박앱, 승차중개앱, 가격비교사이트, 부동산 및 중고차 등 정보제공서비스, 검색 광고서비스 등이 적용 대상이 되는 온라인 플랫폼에 해당한다고 밝혔다.<sup>32</sup>

해당 법령의 적용 대상이 되는 플랫폼 사용자는 ①이용자에게 필수기재 사항<sup>33</sup>이 명시된 중개거래 계약서를 서면으로 교부해야 한다. ② 또한 중개 계약의 내용을 변경하거나 서비스를 제한할 경우 사전 통지하여야 하며, ③ 불공정거래행위를 할 수 없고, ④ 보복조치 등도 할 수 없게 된다.

위 법령의 적용 대상이 되는 온라인 플랫폼 이용사업자로 공정거래위원회는 '영세 소상공인'을 염두에 두고 있고, 배달노동자와 같이 노무를 제공하는 자도 여기 포함되었다고 볼 수 있는지는 다소 불분명하다. 다만 온라인 플랫폼 이용사업자는 온라인 플랫폼 중개사업자와 중개거래계약을 체결해 중개서비스를 제공받는 사업자를 의미하고, 온라인 플랫폼 중개서비스는 재화 또는 용역에 대한 정보 제공과 온라인 플랫폼 이용사업자와의 연결수단이 결합된 서비스를 포함하고 있으므로 정의의 규정을 넓게 해석하면 플랫폼 노동자도 여기 포함될 가능성은 있다고 사료된다. 그러나 이렇게 볼 경우 플랫폼 노동자를 '사업자'로 취급하게 되기 때문에 기존의 노동관계법령의 적용은 배제될 가능성이 높다. 온라인을 통해 용역

계류 중이다(의안번호: 2113487, 2109598, 2108802, 2108626, 2107703, 2107622, 2106369, 2101835).

<sup>32</sup> 이정식, 「온라인플랫폼 중개 거래의 공정화를 위한 입법과제」, 국회입법조사처, 2020

<sup>33</sup> 수수료 부과 기준 및 절차, 계약기간 · 갱신 · 변경 · 해지 사유 및 절차, 서비스 개시 · 제한 · 정지 기준 및 절차, 판매상품의 반품 · 환불 · 교환 등의 절차 및 기준, 판매대금 정산방식 · 대금지급절차 · 방식 · 시기, 이용자가 다른 플랫폼 이용한 재화 등의 판매 제한 여부, 이용자의 재화 등 판매과정에 대한 관여 또는 제한여부 및 그 내용, 판매촉진행사 실시 기준, 절차, 비용분담 등의 사항, 판매과정 중 손해에 대한 분담기준, 소비자에게 재화 등의 정보가 노출되는 기준, 다른 이용자가 판매하는 재화 등을 차별 취급하는지 여부 · 내용 · 기준, 이용자가 소비자의 정보를 제공받을 수 있는지 여부

을 제공하는 플랫폼 노동자들에게 하도급법이나 공정거래법이 적용된다고 볼 여지가 있는 경우에도 마찬가지로 문제가 발생한다.

따라서 현재로서는 경쟁법은 근로자성이 희박하여 노동관계법령의 강력한 보호를 받지 못하는 플랫폼 노동자에게 적용하는 방향이 플랫폼 노동자의 보호를 두텁게 하는 데 도움이 되리라고 본다.

다만 약관법은 약관<sup>34</sup>에 해당하는 이상 계약 당사자가 모두 사업자일 것을 요구하지는 않는다. 노무제공계약이나 도급계약, 업무위탁계약을 체결하면서 약관을 이용하는 경우에도 약관법이 적용될 수 있고, 약관법 적용을 주장한다는 이유로 사업자성이 추론되지는 않는다. 약관의 내용이 사업자의 계약 상대방(고객)에게 부당하게 불리한 조항 등으로서 불공정약관에 해당하면 무효이다. 약관법은 도급 계약 형태로 주로 계약을 체결해 노동자성이 희미한 프리랜서, 프리랜서로 오분류된 플랫폼 노동자, 근로자성이 뚜렷하지만 법원의 판단을 기다리기 어려운 등의 사정이 있는 플랫폼 노동자들 모두가 이용할 수 있는 수단이라고 보인다.

#### 나. 영역별 특별법 제정 등

여기에서는 라이더유니온, 웹툰작가노동조합, 전국대리운전노동조합이 그간 발표한 요구안을 중심으로 하여 당사자 단체의 요구사항을 살펴보고, 그러한 요구사항이 반영될 수 있는 영역별 특별법 제정 방향을 고민해본다.

<sup>34</sup> 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용(약관법 제2조 제1호)

### (1) 당사자 단체의 요구

#### 1) 라이더유니온

라이더유니온은 2021. 1. 1.자로 배달노동자 대선 요구안을 구성, 발표했다.

1. 안전배달료 도입
2. 알고리즘 설명 요구권과 협상권 보장
3. 배달대행사업자 등록제
4. 표준공임단가 도입, 오토바이 수리 센터 자격증 및 등록제 도입
5. 배달용 보험 공제회 설립 및 노조참여 보장
6. 산재제도 개선: 전속성 기준 폐지, 휴업급여 현실화, 보험료 사용자 100% 부담
7. 플랫폼배달노동자 건강보험 문제 해결: 지역의료보험으로 월 30만원 씩 부담.
8. 고용보험 수급 요건 완화: 사실상 실업급여 혜택을 받을 가능성 0%
9. 지정차로제 폐지, 이륜차 및 영업용 모빌리티 면허 강화, 이륜차 주차장 신설, 지하주차장 및 횡단보도 페인트 재질 변경, 이동노동자 쉼터 확대 등 이륜차 시스템 정비
10. 감정노동자 보호법 배달노동자 등 특수고용노동자에게도 적용.

위 요구안은 라이더유니온이 그간 제기해온 문제를 정리, 집약한 내용이다. 이 중 배달대행사업자 등록제와 안전배달료, 알고리즘에 대한 설명 요구권과 협상권을 반영하여 심상정 정의당 의원 대표발의로 생활물류서비스산업발전법 일부개정안이 입안된 바 있다.

국토부는 라이더유니온을 포함하여 배달 라이더 당사자들, 이륜차 업계 관계자들과 함께 간담회를 개최, 표준공임권고 안 마련을 고려하였고<sup>35</sup> 라

<sup>35</sup> 서용덕, 국토부, 이륜차 정비 표준공임권고 안 마련 간담회 개최, <https://www.motorcycle-story.com/>

이더유니온측에 따르면 2021년 라이더유니온과의 미팅에서 표준공임단가, 수리센터 등록제, 자격증제도 신설 등을 약속하였다. 자동차의 경우 자동차관리사업을 등록해야 하고(자동차관리법 제53조) 자동차 성능 및 상태 점검을 하려는 자는 시설과 장비, 자격기준을 갖추고 시장, 군수, 구청장에게 신고하여야 한다(동법 제58조 제2항). 유사한 법제가 이륜차에 대해서도 도입되어야 할 것이다.

산재보험의 경우 전속성 기준을 폐지하는 한편 휴업급여를 현실화하고, 보험료를 사업자가 부담하게 하는 방향으로 개정이 필요하다. 건강보험도 현재 지역의료보험으로 부담하고 있어 그 부담이 큰바, 직장인에 준하여 납부할 수 있도록 해야 한다. 고용보험의 경우 산재승인이 거부되거나 업무 외 사고로 인해 일을 하지 못하는 경우 고용보험에 의한 실업급여 지급이 불가능해 사실상 안전망으로서의 역할을 못하고 있는데 이 역시 법제 개정에 대한 고민이 필요하다.

끝으로 산업안전보건법은 근로기준법상 근로자를 적용 대상으로 하고 있어(산업안전보건법 제2조 제3호) 폭언, 폭행 등으로부터의 보호(동법 제41조)가 배달노동자에게는 적용되고 있지 않다. ‘노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진’하는 것이 산업안전보건법의 취지인 이상 보호 대상의 범위를 근로기준법상 근로자로 좁게 설정할 필요가 없다. 결국 산업안전보건법의 적용 범위를 확대하는 방향의 개정도 필요하다 할 것이다.

## 2) 전국대리운전노동조합

전국대리운전노동조합은 ‘플랫폼 노동 희망찾기’ 발족식에서 2022 대선

post/772, 검색일: 2022. 4. 11.

요구안을 다음과 같이 발표하였다.

1. 플랫폼 및 특수고용 노동자의 노동자성 여부에 대해 입증책임을 사용자에게 부담시키고, 플랫폼 기업에 사용자책임(단체교섭책임)을 부여할 것
2. 안전운임제·안전운반료·표준단가 등 플랫폼 노동자에 생활임금 보장할 것
3. 플랫폼측에 알고리즘 설명 및 교섭 의무를 부여할 것
4. 산재보험과 고용보험에서 전속성 기준을 폐지하는 등 플랫폼 노동자에게 사회안전망과 사회보험을 적용할 것
5. 5인 미만 사업장과 플랫폼 노동자에게 중대재해처벌법을 전면 적용하고 산업안전보건법과 산재보상보험법을 플랫폼 및 특수고용 노동자에게 적용하는 등 안전하게 일할 권리를 보장할 것

입증책임의 전환과 사용자책임의 부여는 근로기준법과 노동조합법의 개정을 통해 해결할 수 있다. 플랫폼 종사자법 이수진 의원안의 경우처럼 특별법을 입법하는 방식도 불가능하지는 않지만 플랫폼 노동자의 제3의 지위를 전제하는 것은 결국 이들로부터 전통적 노동관계법령의 보호를 박탈할 위험이 있음에 유의해야 한다.

안전운임제 등 생활임금은 특별법 제정이 필요한 상태다. 알고리즘 설명 및 교섭 의무 부과를 위해서는 근로기준법 및 노동조합법의 개정이나 해석 확대가 필요하다. 앞서 본 바와 같이 산재보험과 고용보험에서 전속성 기준을 폐지하려면 산업재해보상보험법의 개정이 요구된다. 중대재해처벌법의 전면 적용을 위해서는 중대재해처벌법 제3조의 개정이 필요하다.

### 3) 웹툰작가노동조합

웹툰작가노동조합은 2021. 12. 7.자로 웹툰산업 상생 요구안을 발표하였고 그 구체적 내용은 다음과 같다.

#### 1. 수익분배구조 개선을 통한 창작의 정당한 대가 보장

- 원 매출 및 프로모션의 공정한 기준 등의 정보 공개-통합전산망 설치
- 기업들에 산업체 실태조사에 응할 의무 부여
- 사회적 합의를 통한 적정 수수료율(수익 분배율) 산출
- 누적 MG 제도의 금지
- 적정 노동량 산출-회차당 컷 수 가이드라인 제정 및 추가 작업에 대한 추가보상 제도 도입, 연간 2회 이상의 유급 휴재 권리 보장
- 사상검증 등 여론을 이유로 한 일방적 해고 금지
- 한국만화영상진흥원을 중심으로 하여 웹툰업계 현실을 반영한 새로운 표준계약서 제정

#### 2. 웹툰창작자를 위한 사회적 안전망 보장

- 보조작가 노동현실 실태조사
- 예술인고용보험 가입을 위한 간이계약서의 보편적 사용을 위한 장려책 마련
- 수입이 없는 사업자 작가가 실업급여 혜택을 받을 수 있도록 합리적인 실업상태 증명책 마련
- 웹툰작가 건강 실태조사 및 산재기준 마련

#### 3. 불법웹툰 척결

- 저작권보호원을 중심으로 한 기업-창작자-행정부 간 정보공유를 위한 삼자회의 정기적 개최
- 불법웹툰 피해자를 위한 공제회 설립
- 신고창구 일원화
- 신고-조사-경고 및 차단 절차의 원스톱시스템 구축

크레이션(전시)형 플랫폼으로서 웹툰 플랫폼은 지역 기반의 배달, 대리운전 등 운송 관련 산업과는 다소 이질적 특색을 띤다. 그러나 여전히 적정한 수수료율, 보수로 직결되는 정보(원 매출 및 프로모션의 기제)에 대한 투명화, 적정한 휴식을 포함하여 안전하게 일할 권리 등을 요구한다는 점에서는 다른 플랫폼 노동과 동일하다. 이러한 공통점은 기실 기존의 비정규직 등 불안정한 노동에서 다루어져온 문제의 연장선에 있기도 하다.

실태조사의 법적 근거와 관련해서는 콘텐츠 관련 법령의 개정이 필요하다. 이와 관련해서는 제21대 국회에서 <만화진흥에 관한 법률 일부개정법률안>을 전용기 의원(의안번호: 2110610), 김예지 의원(의안번호: 2112478)이 대표발의한 바 있고, 이병훈 의원(의안번호: 2110716)도 <콘텐츠산업 진흥법 일부개정법률안>을 대표발의한 바 있다.

사상검증 등을 이유로 한 일방적인 계약해지(해고)의 금지에 관해, 웹툰작가들이 근로자성을 인정받게 된다면 이를 해고 제한의 법리를 통해 해결할 수 있는 여지가 있다. 그러나 대부분의 웹툰 작가는 배달 노동자나 대리운전기사에 비하여 근로자성이 희박하고, 작가 중에는 근로자성을 인정받기를 원하지 않는 경우도 있다. 공정거래법 제45조 제1항 제1호에 근거해 '부당하게 거래를 거절하는 행위'로 포섭하는 방법도 있으나 선례가 없어 적용될지 확신하기 어렵다. 또한 계약상의 불안정한 지위와 열위는 웹툰 작가에게 국한되는 것이 아니라 창작 노동자 등 프리랜서 일반에게 공통된 문제이므로, 프리랜서 보호법의 제정을 통해 해결할 필요도 있다고 보인다.

근로자성을 전제하지 않고 창작 노동자들이 주로 겪는 산업재해(근골격계 질환, 정신질환 등)를 해결하는 것은 쉽지 않은데, 1) 산업재해보상보험법의 근로자 범위를 근로기준법에 국한하지 않도록 개정하거나, 2) 프리랜서 보호법 등 다른 법령에 사회보험을 별도로 규정하는 방법이 있을 것

이다. 어느 쪽이든 사용자인 플랫폼, 플랫폼과 작가 사이에 낀 에이전시 등 CP사가 그 책임을 일부나마 부담하도록 하여야 할 것이다.

#### IV. 결어

플랫폼 노동에 대한 다양한 정의가 보여주듯, 아직 플랫폼 노동의 본질이 무엇인지에 대해서도 사회적 합의가 없다. 플랫폼 노동자의 스펙트럼은 넓고도 다종다양하다. 그리고 앞으로도 사용자들은 사용자책임을 회피하기 위해 더 많은 노동을 플랫폼화할 것이므로 그 스펙트럼이 줄어드는 일은 없으리라고 감히 예측한다.

플랫폼 노동이 무엇인지에 대한 사회적 합의는 없지만 현상은 분명히 있다: 플랫폼 노동자의 지위는 불안정하고, 플랫폼은 사용자책임을 회피하며, 노무제공의 현실은 은폐된다. 플랫폼 노동자들의 노동 영역은 전혀 새롭지 않지만 오로지 '플랫폼'이라는 이름이 붙었다는 이유만으로 기존의 노동관계법령의 보호는 적용될 수 없고, 사용자들의 책임은 사라지는 것 같은 착시가 발생하는 것이다.

근로자성에 관한 개개의 사건마다 법원의 판단을 기다리는 것으로는 해결이 요원하다는 것을 우리는 이제 안다. 법원의 캐비닛 안에서 사건이 숨죽여 기다리는 동안 근로자들이 고통받아온 역사가 이미 너무 긴 까닭이다. 그렇기에 법원의 해석에 기대는 것은 최후의 방법이 되어야 한다. 해석에 앞서 법제의 전면적인 마련이 먼저 이루어질 필요가 있다. 플랫폼 노동자 당사자들의 목소리를 듣고, 기존의 법령을 근본적으로 재검토하며, 새로운 법제를 고안하기 위해 노력해야 할 시간이다.

## 활동기 1

## 코로나19, 인권으로 말하다

랄라 다산인권센터 활동기<sup>1</sup>

## 0. 익숙한 일상과 작별을 고하다

코로나19라는 낯선 감염병의 등장은 익숙한 일상과의 작별을 의미했다. 자유롭게 숨을 쉰다는 것이 얼마나 소중한 감각인지, 타인에게 손을 내밀어 체온을 나눈다는 것이 얼마나 익숙한 일상이었는지 잃고 난 후에 깨닫게 되었다. 거리두기는 너무 자연스러운 현상이 되었고, 밤 〇〇시까지, 〇인까지. 단계로 구분되던 정부 방역 정책의 범위는 생활과 만남의 폭을 제약하는 규정으로 자리 잡았다. 아침마다 확인하는 포털 사이트의 확진환자 숫자는 확산세와 불안을 가늠하는 척도가 되었다. 얼마나 많은 사람이 감염되었는지, 사망했는지, 격리 중인지 나타내는 숫자 뒤에 사람들의 구체적인 삶이 가려진 지 오래되었다. 폭증, 사상 최대, 역대 최고,

<sup>1</sup> 코로나19 인권대응네트워크는 현재 23개 단체가 참여하고 있습니다. (공익인권변호사모임 희망을만드는법, 공익인권법재단 공감, 광주인권지기 활짝, 다산인권센터, 민주사회를위한변호사모임, 빈곤과차별에저항하는 인권운동연대, 빈곤사회연대, 서울인권영화제, 성적소수문화인권연대 연분홍치마, 생명안전시민넷, 시민건강연구소, 연구공동체 건강과대안, 언론개혁시민연대, 인권운동공간 활, 인권운동네트워크 바람, 인권운동사랑방, 장애여성 공감, 전국장애인차별철폐연대, 전북평화와인권연대, 진보네트워크센터, 한국계이인권운동단체 친구사이, 행동하는성소수자인권연대, HIV/AIDS인권활동가네트워크)

정점 등 위기를 갱신하는 언어들, 언론의 지면을 장식하고 있다. 위기가 지나면 독감처럼 관리될 것이라는 낙관적인 내일을 위해서 위·중증 환자가 속출하고 사망자가 늘어날 것이라는 비관적 오늘을 감당해야 한다고 이야기한다. 다른 국가에 비해 낮은 사망률로 이 정도면 방역의 성과라고 치켜세우는 이면에 화장장조차 구하지 못하는 사망자들과 늘어나는 치료비를 감당하기 어려운 상황인 위·중증 환자가 존재하고 있다. 우리는 누군가의 죽음과 아픔이 일상이 되어버린 시대를 경유하고 있다.

### 1. 코로나19 인권대응네트워크의 시작

감염병이 가져온 것은 바이러스뿐 아니었다. 실체를 알 수 없는 바이러스의 존재는 일상을 공포와 불안에 떨게 했다. 감염 확산을 억제하기 위해 정부는 긴급 대책을 동반했고 이것은 인권의 문제로 이어졌다. 코로나19 초기 확진 환자에 대한 과도한 개인 정보 공개와 수집의 문제, 감염이 확산된 국가, 지역에 대한 차별과 혐오, 통제를 앞세운 지방정부의 강력한 행정조치 등 인권이 후퇴되는 현실에 어떻게 대응해야 할지 막막한 상황이었다. 위기 앞에서 어렵게 쌓아왔던 인권의 원칙들이 너무도 쉽게 무너지고, 기본적 권리들은 유예되었다. 사회적 합의, 목소리를 모아가는 과정도 없었다. 긴급한 시기에 떠밀려 강력한 정책이 호응을 얻고, 인권은 뒷전으로 밀려도 되는 이야기가 되었다. 모두가 막막한 시기 인권단체가 모여 있는 텔레그램 방에서 코로나19에 대한 고민을 나눠보자는 제안으로 코로나19 인권대응네트워크(이하 코인넷)를 결성하게 되었다. 첫 모임에 20여 명의 활동가가 참여하여 각자의 활동공간에서 느끼는 코로나19에 대한 고민을 나누었다. 각자 단체의 특성에 따라 마주하는 고민도 다양했다. 과도한 개인 정보 수집과 공개, 집회 시위 금지 행정명령, 격리

와 통제 중심의 강제적 조치, 공공의료, 주거, 노동의 권리, 재난 시기 위기 소통에 관한 문제부터 장애, 이주, 청소년, 여성, 홈리스, 수용자, 성소수자 등 사회적 약자·소수자·취약계층의 문제까지 코로나19와 연결된 모든 영역에 걸쳐 논의가 시작되었다. 우리는 공중보건 위기를 어떠한 관점으로 바라볼 것인지, 지워지는 인권의 목소리를 어떻게 전달할 것인지, 필요한 권리들은 무엇인지, 사회적 약자·소수자·취약계층의 권리를 보장하기 위한 것은 무엇인지 토론하였다. 이 논의를 통해 공중보건 위기 상황에서 인권의 이야기들이 좀 더 사회적으로 가닿을 수 있는 결과물을 만들기로 했다. 그렇게 약 3달간의 토론과 집필 끝에 <코로나19와 인권, 인간 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인>(이하 코로나19 가이드라인)이 만들어지게 되었다.

### 2. 코로나19와 인권, 인간 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인<sup>2</sup>

코로나19 가이드라인은 생명과 안전을 위한 국가의 책무, 위기 상황에서 유예되는 시민의 권리, 기업과 언론의 사회적 의무, 사회적 약자·소수자들의 권리를 위한 사회적 제안으로 구성되어 있다. 코로나19 가이드라인은 감염병 위기가 불평등한 구조와 만나 사회적인 재난으로 확장되고 있음에 주목하고 있다. 재난 상황에서 대책을 마련할 때, 이후 정책을 수립할 때 인권이 기본이 되어야 함을 이야기하고 있다. 이를 위해 3가지 원칙을 제시한다. 하나는 인간의 존엄성을 기반으로 한 인권 존중의 원칙이다. 위기의 순간만을 모면하는 것이 아니라 인간 존엄성에 기반해 인권 존중으로 위기에 대응하고 지속 가능한 사회를 그려 나가자는 의미이다. 두

<sup>2</sup> 코로나19와 인권, 인간의 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인은 링크에서 확인하실 수 있습니다.  
<https://act.jinbo.net/wp/43050/>

번째는 차별금지와 특별한 보호의 원칙이다. 코로나19로 사회의 구조적 불평등, 지원과 방역 대책에서 배제되는 시민들, 차별과 혐오의 문제를 확인했다. 재난 위기를 넘어서기 위해서는 모두가 평등한 토대를 만드는 것이 중요함을 강조한다. 셋째, 사회적 소통과 참여 보장, 의사결정의 원칙이다. 일방적인 통제와 강력한 행정지침은 공포와 불안감만 조성할 뿐이다. 긴급한 시기일수록 시민과 소통하고, 참여하여 의사결정의 주체가 될 수 있도록 하는 민주주의 기본원칙의 중요함을 말하고 있다. 코로나19 가이드라인은 이러한 원칙에 기반하여 다양한 영역에서 사회적으로 고려되어야 할 가이드라인을 제시했다. 위기 상황에서 연대를 강조하며 재난이 반복되지 않을 다른 사회를 만들어가는 것의 필요성을 강조하고 있다.

코인넷은 코로나19 가이드라인 발표 이후에도 인권의 목소리가 더 많은 이들에게 닿을 수 있도록 언론 기고 작업과 감염병 예방법 개정을 위한 국회 토론회도 진행했다. 코로나19 상황에서 개인에게 과도한 책임이 부여되는 상황과 이후 주목해야 할 인권의 문제에 대한 집담회도 3차례에



〈코로나19와 인권 인간의 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인 보고회〉 보고회 당시(2020. 6. 11. 오후 2시, 프란치스코회관 211호) 사진. 현수막 아래로 네 명의 보고회 발표자들이 앉아있다.

걸쳐 진행했다. 또한, 코로나19 가이드라인 작업을 하는 과정에서 주목되었던 여러 가지 인권 사안에 대한 고민을 나누며 코로나19와 인권의 이야기를 널리 알릴 수 있도록 하는 활동을 만들어갔다. 코인넷 구성원들끼리 서로 팀을 만들어 활동하기도 했다. 그 중 하나가 코로나19 의료공백인권 실태조사단이었다.

### 3. 코로나19로 마주한 문제들\_의료공백

2020년 3월, 대구·경북에서 코로나19가 확산 될 당시, 정유엽님이 제 때 적절한 치료와 진료를 받지 못해 사망하는 사건이 발생했다. 이 사건을 계기로 의료공백에 대한 인권적인 접근과 실태를 파악하는 게 필요하다는 고민을 시작하게 되었다. 코인넷에 속해 있는 몇몇 단체들은 의료공백에 대한 전반적인 실태조사와 건강하게 진료/치료받을 수 있는 권리에 대해 주목하며 코로나19 의료공백인권실태조사단(의료공백인권실태조사단)을 구성하게 되었다. 의료공백인권실태조사단은 약 5개월여 동안 의료공백의 경험을 모으기 위해 설문조사를 진행하고 피해 당사자와 의료진을 심층 인터뷰했다. 이 내용을 토대로 의료공공성, 모두에게 평등하게 치료·진료 받을 수 있는 권리가 필요하다는 것, 공공병원이 코로나19 전담병원으로 지정되면서 밀려난 이들의 의료 접근권 보장의 중요성을 확인하였다. 공중보건 위기 상황에서 생명과 안전을 지키는 것이 첫 번째로 고려되어야 할 지점이지만, 이는 단지 목숨만 부지하는 생존이 아니라, 존엄하게 생존할 수 있는 토대가 필요하다는 문제의식으로 확장하였다. 이 내용을 사회적으로 알리는 〈코로나19와 의료공백, 존엄과 평등으로 채우다〉<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 〈코로나19와 의료공백, 존엄과 평등으로 채우다〉 보고서는 링크에서 확인하실 수 있습니다.<https://act.jinbo.net/wp/43050/>



보고서를 작성하게 되었다.

긴급하게 확산세가 이어질 때마다 공공의료시스템의 부재는 누군가의 의료 접근권과 생명을 위태롭게 만들었다. 병원은 많지만, 감염병 시기 이용할 수 있는 공공병상의 부족, 공공병원이 모두 코로나19 전담병원으로 전환하며 사회적 약자·소수자·취약계층이 이용할 수 있는 병원이 부재한 현실을 자주 마주할 수밖에 없었다. 코로나19 이후 2년이 지났지만, 변화의 기미는 보이지 않는다. 병상에 대기하다 사망하거나, 응급상황에 입원을 못 하거나, 병원을 찾지 못해 다른 지방으로 원정 출산 가는 사례들이 여전히 반복되고 있다. 최근 오미크론이 확산하면서 ‘위·중증 환자 중심으로 관리하겠다, 재택 치료로 경증 환자를 돌보는 체계를 만들겠다’ 하지만 여전히 누군가는 적절한 관리를 받지 못해 건강이 위협당하는 의료공백의 현실을 마주하고 있다. 우리는 코로나19로 인해 한국 사회 의료시스템이 얼마나 허술한지 확인할 수 있었다. 코로나19 상황에서 드러난 부실한 공공의료 시스템을 보완하여 누군가의 생존과 건강이 위협받지 않도록 공공의료 체계를 탄탄히 하는 과정이 필요하다. 공공의료 체계 마련은 공공병원이 많아지는 것뿐 아니라, 누구도 차별당하지 않고 안정적으로 진료/치료받을 수 있는 시스템 구축이 필수요건이 되어야 한다.

#### 4. 바이러스는 평등하지 않다

감염병은 누구에게는 회복하기 어려운 어려움이 다가오지만 누군가는 경미하게 지나가기도 한다. 우리는 사회·경제적 상황, 거주하는 지역, 거주 형태, 성적지향, 국적, 기저질환, 나이, 성별 정체성, 장애, 언어, 가족 및 가구의 형태와 상황, 종교, 고용 형태 등 처해있는 조건에 따라 각

기 다른 상황에서 코로나19를 경험하고 있다. 한국의 방역은 강력한 거리두기 정책과 시민들의 적극적인 참여로 일정 정도 성과가 있었다고 하지만, 적절한 주거가 어려운 사람들, 방역에 참여할 수 없는 조건에 놓여 있는 이들에 대한 특별한 고려는 부재했다. 오히려, 차별과 배제가 일상이었다. 비적정 주거에 처한 홈리스와 밀집한 주거와 노동환경에 놓인 이주노동자들의 집단 감염 사례를 통해 이러한 문제를 확인할 수 있다.

감염이 확산되는 상황이라면 감염에 취약한 조건이 개선되는 것이 먼저여야 한다. 하지만 실행된 방역정책은 감염에 취약한 원인을 해결하는 것 아닌 위급한 상황을 모면하기 위한 강제적인 조치들이 진행되었다. 2020~2021년 겨울 홈리스 사이에서 집단 감염이 확산 되었을 당시 시설 이용자 전수조사<sup>4</sup> 지침이 내려지고, 음성으로 확인 되어야 시설과 급식시설 이용이 가능했다.<sup>5</sup> 밀접 접촉되거나 확진된 거리 홈리스들은 화장실도 없는 컨테이너에 격리되어야 했고, 문제 제기 후에야 임시격리시설로 이동조치 되었다.<sup>6</sup> 이러한 상황이 최근 재택 치료 과정에서도 문제로 지적 되었지만 근본적인 원인인 적정한 주거에 대한 대책은 부재한 상황이다.<sup>7</sup>

이주노동자 코로나19 전수조사 행정명령 역시 마찬가지다. 2021년 초 이주노동자 거주시설을 중심으로 집단 감염이 확산되었다. 이주노동자 기

<sup>4</sup> 서울 신규확진 105명, 21일째 100명대…노숙인 전수조사도(종합). 뉴시스 2021.1.28. [https://newsis.com/view/?id=NISX20210128\\_0001321332&cID=10801&pID=14000](https://newsis.com/view/?id=NISX20210128_0001321332&cID=10801&pID=14000)

<sup>5</sup> “검사 확인서 있어야 시설 출입”…코로나에 갈데없는 노숙인들. 뉴스1, 2021.2.2. <https://www.news1.kr/articles/?4199448>

<sup>6</sup> 서울시 홈리스 집단 감염 확산, 차별 없어야 모두 안전하다. 2021.2.3. <https://www.vop.co.kr/A00001545099.html>

<sup>7</sup> [성명] 복지부는 적절한 격리와 치료공간을 보장받지 못하는 홈리스 확진자·밀접접촉자에 대한 대책을 마련하라. 홈리스행동 2022.3.23. <http://homelessaction.or.kr/xc/comment/836803>

숙사의 집단거주 환경, 열악한 주거는 오랫동안 사회적으로 문제가 되었다. 집단 감염을 막기 위해서는 원인이 되는 밀접한 주거환경과 노동조건을 개선하는 것이 우선이 되어야 한다. 하지만, 서울, 경기, 인천, 대구 등 지자체는 원인을 해결하기 보다는 이주노동자라는 대상을 특정하여 검사를 받게 하는 방식으로 방역대책을 수립했다. 이주노동자 코로나19 진단 검사 행정명령이 바로 그것이다. 감염 확산 방지라는 목적이지만 오히려 지나친 행정명령으로 인해 인권침해라는 문제 제기를 받기도 했다. 이주노동자에게만 코로나19 진단검사 강요하는 것은 외국인에 대한 차별이기에 인권에 기반하여 비차별적인 방역정책을 수립·시행하라는 국가인권위의 권고가 있었다. 이러한 사회적 여론이 있었지만 그 이후에도 ‘일용직 노동자를 새로 고용할 때 코로나19 검사를 받도록 한다’는 전라북도의 행정명령처럼 차별의 문제의식은 그대로 둔 채 내용만 변주하는 행정명령이 이어졌다.

코인넷은 이러한 상황에서 차별과 배제가 중심이 된 방역 정책에 문제 제기하는 활동을 진행하였다. 홈리스 단체와 공동으로 성명을 발표, 기자회견 등을 진행하였다. 방역·지원정책은 차별과 배제가 아닌 평등의 관점이 필요하며, 비적정 주거에 처한 이들에 대한 대책 마련의 중요함을 제기하였다. 이주노동자 전수조사 행정명령에 대한 긴급 대응도 이루어졌다. 성명 발표는 물론 이주단체, 차별금지법 제정연대와 함께 <코로나19와 인종차별 토론회>를 진행하였다. 확산 방지의 외피를 쓰고 있지만 ‘이주노동자’라는 집단의 특수성을 부각한 인종차별이며 이주민에 대한 차별과 혐오를 만들어 내는 정책임을 문제제기 했다. 코인넷은 홈리스, 이주노동자뿐 아니라 코로나19 상황에서 드러난 사회적 약자·소수자·취약계층의 불평등에 대해 지속적으로 대응했다. 백신접종이 본격화 되는 상

항에서는 백신접종의 인권적 관점 제시하고 사회적 약자·소수자·취약계층이 백신에 접근할 수 없는 상황과 차별의 문제 등을 드러내는 <우리에게 필요한 것은 백신만이 아니다> 라는 제목의 6차례의 간담회도 진행했다. 이 외에도 외국인 관람객에게만 문진표를 작성하는 KBO에 문제 제기, 위드 코로나 전환 시 인권의 관점이 필요하다는 입장 발표 등 코로나19 상황에서 다양한 인권의 문제에 대해 입장을 제시하고, 의견을 표명했다. 다양한 문제를 경유하는 과정에서 확인한 것은 불평등의 문제가 코로나19 상황에서 갑자기 발생한 문제가 아니라는 것이다. 일상의 불평등과 차별적인 조건은 코로나19라는 재난 시기 더욱 강화되었고 사회적 약자·소수자·취약계층에게 위기가 더 집중되었다. 하지만 우리 사회는 문제를 해소하기 보다는, 문제가 된 집단, 사람들을 배제하는 방식으로, 차별을 강화하는 방식으로 위기를 모면해왔다. 또한 드러난 문제에 대한 근본 원인과 해결방안 모색은 부재했다. 확산세를 억제하기 위해 응급조치식 대응이 주를 이루었다. 우리에게 필요한 것은 현재 위기를 넘어서기 위한 긴급 대책만이 아니다. 어떤 재난이 오더라도 누구도 남겨두지 않고, 평등하게 넘어설 수 있는 사회적 역량이다. 이러한 역량을 만들어가기 위한 준비가 되어 있는지 우리 사회에 되물어봐야 하는 시점이다.

## 5. 애도와 기억의 행동

2020년 2월 19일, 코로나19 감염으로 인한 한국 사회 첫 부고를 접한 이후 2022년 4월 현재까지 1만7천여 명의 시민들이 사망했다. 하루 평균 200여 명이 넘는 시민들이 코로나19로 세상을 떠나고 있다. 감염 외에도 의료공백, 백신 부작용, 필수노동에 종사 하다 과로한 노동으로 인해, 어려워진 경제와 사회적 조건 등으로 목숨을 잃은 사람들이 늘어가고 있다.

이들의 수는 집계조차 되고 있지 않다. 이렇게 많은 시민들이 세상을 떠나고 있지만, 우리 사회는 아무렇지 않은 것처럼 흘러가고 있다. 추모와 애도의 분위기는 찾아보기 힘들다. 왜 이렇게 되었을까.

우리는 코로나19를 경유하면서 인간의 존엄이 언제든지 무너질 수 있다는 것을 경험하였다. 2년여 시간 동안 감염에 대한 공포와 위기는 사람이라는 소중함보다 전파 가능성과 감염에 대한 두려움을 앞서게 했다. 감염의 책임을 부주의한 개인의 문제로 돌렸다. 방역 대책을 위반한 이유와 맥락보다는 ‘문제적 사람’이라는 낙인을 찍고, 처벌 위주의 정책을 펼쳤다. 일부 정책은 기본적인 권리와 자유를 과도하게 제한하였다. 이러한 일련의 흐름은 코로나19의 감염보다 확진되었을 시 주변에 피해와 사회적 비난이 더욱 두렵다는 인식을 심어주었다.<sup>8</sup> 인간의 권리에 기초한 방역이 아니라 인권과 방역을 대결 구도로 만들어갔다. 인간의 존엄도 필요한 사회적 권리도 후순위로 밀려나게 되었다. 서로를 연결하기 보다는 차단하며 각자도생하는 것이 당연한 분위기가 만들어졌다. 확진 환자, 사망자의 숫자에 따라 코로나19 위기 정도가 결정되었다. 코로나19를 겪고 있는 사람은 사라지고, 몇 명 사망, 몇 명 확진의 숫자만 남게 되었다. 숫자에 가려져 현재를 살아가는 구체적인 사람의 얼굴은 잊혀갔다. 누군가 어떠한 고통을 겪었는지, 어떠한 상실을 경험했는지 어떠한 아픔이 남았는지 타인에 대한 아픔과 공감은 사라지게 되었다. 그렇게 우리는 타인에 대한 연대와 공감, 연민이 사라진 시대를 경유하고 있다.

<sup>8</sup> 국민 57% “코로나 확진자 낙인 두렵다”. 서울경제. 2021.12.10 <https://www.sedaily.com/NewsView/22V8LFOGCI>



〈코로나19 대확산으로 인한 죽음 애도와 기억의 장 추모문화제〉 사진. “우리에게는 애도와 기억이 필요합니다”라는 글귀가 써 있는 흰색 현수막 앞에 수어통역사와 발언자가 서있다.

코인넷은 이러한 문제의식 하에서 〈애도와 기억의 장〉을 기획하였다. 주요하게 기억, 행동, 기록을 중심으로 활동을 전개해나가고 있다. ‘기억’은 코로나19로 인해 떠나간 이들에 대한 추모와 서로가 겪었던 시간을 나누며 위로, 치유하는 과정이다. 〈애도와 기억의 장〉이라는 추모페이지 ([www.remember2022.net](http://www.remember2022.net))를 통해 시민들이 경험을 남기고 공유하고 있다. 상실을 경험한 이들은 ‘기억의 장’에 떠난 보낸 이들에 대한 기억과 이야기를 남기고, 이 시대를 함께 기억하고 싶은 이들은 ‘애도의 장’을 통해 연대와 위로의 메시지를 건넨다. 서로의 이야기가 만나 공감과 연대, 치유의 과정이 되길 바라는 의미이다. 감염병의 위기를 겪었던 우리 모두의 연결을 통해 더 나은 세상을 위한 목소리를 남기기 위함이다. ‘행동’은 시민들과 거리에서 만나는 문화제와 제도적인 문제를 해결하기 위한 정

책 제안에 대한 고민을 담고 있다. 4월 8일 <코로나19 대확산으로 인한 죽음\_애도와 기억의 장 추모 문화제 “지금 우리에게 애도와 기억이 필요합니다”>를 시작으로 추모와 애도의 시간을 만들 예정이다. ‘기록’은 코로나19 시대를 경유한 이들의 목소리를 담은 활동으로 준비 중이다. 사랑하는 이들을 떠나보내거나, 의료공백을 경험한 이들, 현장에서 코로나19의 상황을 지켜보고 있는 의료진 등을 만나 기록으로 정리해나갈 예정이다. 이를 통해 재난 시기 필요한 인권의 원칙은 무엇인지, 준비되어야 할 사회적인 제도와 내용은 무엇인지를 짚어보려고 한다. 기억, 행동, 기록 활동은 올 연말까지 진행할 예정이다. 확진 환자 숫자가 줄어든다는 것, 감염이 증상이 경미하게 넘어가는 것이 일상으로 돌아가기 위한 전제조건은 아니다. 일상으로 돌아가기 위해서는 곁에 있는 누군가가 지금 시기를 어떻게 버텨왔는지, 어떠한 아픔과 상실을 겪어왔는지, 우리 사회에 필요한 것은 무엇인지 이야기하는 것에서 시작되어야 한다. 재난을 단지 개인이 겪었던 아픔으로 기억할 때 재난은 반복될 수밖에 없다. 코인넷은 <애도와 기억의 장> 활동으로 재난이 반복되지 않을 세상을 만들기 위해 필요한 사회적인 목소리를 만들어 갈 예정이다.

## 6. 재난과 위기가 종식된 사회

한국이 ‘엔데믹’에 들어설 것이라는 전망이 나오고 있다. 미국 월스트리트 저널(WSJ)은 한국이 코로나19 팬데믹에서 엔데믹으로 가는 세계 최초의 국가가 될 것이라고 보도했다. 낮은 치명률과 높은 백신 접종률, 공중보건 시스템에 대한 높은 신뢰 등을 이유로 꼽았다<sup>9</sup> 낙관적인 전망이

<sup>9</sup> 한국, 세계 첫 ‘엔데믹 국가’ 가능할까... 사망자·집단면역 열쇠, 뉴스1, 2022.4.7, <https://www.news1.kr/articles/?4640519>

언론을 통해 보도되고, 그에 발맞춰 정부는 방역 정책 완화를 예고하고 있다. ‘마스크를 언제 벗을까. 인원 제한이 언제 사라지나, 경제성장은 언제 속도를 내나’ 등 위기와 재난이 사라진 희망의 미래가 점쳐지고 있다. 마스크가 사라지면, 자유롭게 이동 가능하면, 경제가 살아나면 위기와 재난이 사라진 것일까. 코로나19 2년 동안 우리가 겪어 온 시간이 던져준 질문들, 1,000명이 넘는 위·중증 환자와 공공의료의 문제, 차별과 불평등의 문제는 여전히 우리 곁에 남아있다. 현재 진행형인 이야기를 남겨두고, 생명과 삶이 위태로운 사람들을 남겨두고 우리는 미래로 나아갈 수 있는가. 우리가 꿈꾸는 재난과 위기가 종식된 사회는 코로나19 이전의 삶으로 돌아가는 것이 아닌 변화된 다른 세상이어야 하지 않을까.

앞으로도 코로나19 인권대응네트워크는 코로나19가 가져온 질문들, 남겨진 인권의 문제들, 더 나은 세상으로 나아가기 위해 치열하게 고민할 예정이다. 마지막으로, 코로나19 인권대응네트워크에서 발표한 <코로나19와 인권, 인간 존엄과 평등을 위한 가이드라인>의 결론의 일부분을 공유하며 마치려 한다.

일 자리를 잃었거나 일을 할 수 없는 노동자들은 먹거리와 월세 등 가장 기본적인 생계조차 유지하기 어려워, 질병에 대한 걱정이 오히려 사치로 느껴지는 상황 속에 내몰렸다. 장애인과 이주민, 성소수자 등 사회적 소수자들은 재난위기에 더욱 취약한 상황에서, 심각한 낙인과 혐오까지 더해져 안전한 일상을 유지하지 못하고 있다. 여성들에게 전가된 돌봄 노동은 과도한 노동 혹은 돌봄의 공백으로 이어지고 있고, 아동·청소년들은 교육권을 박탈당하거나 가정폭력에 노출되었다. 공공의료의 부족은 코로나19 이외의 질병을 가진 사람들이 제대로 치료받을 수 없는 의료공백 상황으로 이어졌다. 이런 현실 속, 우리가 말해야 할 코로나19 이후의 사회는 어떠해야 할까. 우리는 이 재난과 위기의 어떤 종식을 어

활동기 2

텔레그램 성착취 사건 피해자 지원 경과 및 대리인단의 활동

이근옥, 조은호

I. 들어가며

2019년 11월, 이른바 ‘n번방 사건’이라고 불리는 텔레그램 성착취 피해가 수면위로 떠오르고 가해자의 신원이 공개되는 등 디지털성범죄가 사회적 이슈로 “급부상”하였다. 텔레그램 성착취 피해자를 지원하고 가해자를 엄벌에 처하기 위한 ‘텔레그램성착취공동대책위원회’(이하 ‘공대위’)가 구성되었으며, 민변 여성인권위원회는 법률지원 파트를 맡아 수사단계부터 공판까지 텔레그램 성착취 피해자들을 대리하였다. 민변 텔레그램 성착취 피해자 대리인단은 원민경 변호사(단장), 김수정, 류다솔, 박수진, 백소운, 송지은, 송진성, 신고운, 안지희, 오선희, 오현희, 우지혜, 유승희, 이근옥, 이은심, 이주희, 전다운, 조윤희, 조은호, 차혜령 변호사이다. 민변 대리인단 외에도 피해자 국선변호인 신진희 변호사, 한국여성변호사회 서혜진 변호사 등이 결합하였다.

텔레그램 성착취 사건은 피해 규모가 굉장히 크고 가해자들은 전국에

떻게 상상해야 할까.

우리가 말하는 재난과 위기가 종식된 사회는, 매년 2500명에 가까운 노동자들이 산업재해로 목숨을 잃는 사회가 아니어야 한다. 우리가 말하는 일상의 회복은, 수많은 장애인들이 시설에서 삶을 마감하는 사회가 아니어야 한다. 우리가 말하는 재난과 위기가 극복된 사회는, 감염병의 위험이 특정한 집단, 사회적 약자에게 집중되거나 전가되는 사회가 아니어야 한다. 우리가 상상하는 안전한 사회는, 이주민은 제외하고 나만 안전하면 되는 사회가 아니어야 한다. 코로나19로 더욱 분명하게 드러난 인권의 문제, 불평등의 문제를 덮어둔 채 ‘재난위기가 극복되었다’, ‘일상이 회복되었다’ 혹은 ‘다시 안전해졌다’고 말하는 것은 진정한 의미의 회복이 아니다.

코로나19 이후 우리가 바라는 사회를 만들기 위해 필요한 것은 지금 드러난 고통과 상처에 주목하는 일이다. 차별 없이 평등한 치료 및 의료서비스를 제공하는 것, 혐오와 낙인의 조장을 방관하지 않는 것, 그리고 재난에 취약한 이들을 지원하는 것 등 해야 할 일들이 너무나 많다. 나중이 아닌 지금, 불평등과 인권침해로 고통받는 삶을 구체적으로 살펴야 한다. 그래야 비로소 우리는 함께 미래를 상상하고 전망할 수 있을 것이다.<sup>10</sup>

10 코로나19와 인권, 인간 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인, 코로나19인권대응네트워크, 2020.6

퍼져 있었다. 공판 역시 전국 각지의 법원에서 진행되었다. 아래에서는 대표적인 텔레그램 성착취 가해자 조주빈을 중심으로 한 일명 ‘박사방’ 사건을 중심으로 피고인(총 6명)들의 주장과 법원의 판단 및 피해자 대리인단의 활동을 살펴보고자 한다.

## II. 수사단계

### 1. 대리인단의 결성

민변 여성인권위원회는 2019. 11. 다크웹 사건 판결이 이슈화되면서(피고인 손정우) 민변 아동청소년인권위원회와 공동으로 대응 TF 활동을 해 오며 TF 활동의 일환으로 열린 디지털 성착취를 주제로 한 피해 지원 단체와의 간담회를 열었다. 바로 이 간담회 자리에서 텔레그램 성착취 사건이 공유되었으며, 피해 지원 단체는 민변 측에 공대위 참여를 요청하였고 민변 여성위의 여러 변호사들이 뜻을 모아 민변 여성위 회원들 역시 공대위에 참여하게 되었다. 공대위는 2020. 2. 14. 공식 출범하여 2020. 3. 26. 텔레그램 성착취 사건의 근본적 해결을 위한 기자회견을 진행하였다(아래 사진).

대리인단은 기자회견에서 텔레그램 성착취 피해자 및 삭제 지원의 과정으로 피해자의 인적사항을 유포하는 행위를 금지할 것을 추구하고, 정보통신서비스 제공자의 적극적인 보호조치를 요구하였으며, 방송통신위원회의 적극적인 피해자 보호 제도 마련을 요청하였다. 나아가 대리인단은 텔레그램 성착취 사건에 가담한 조주빈 등 운영진, 후원자, 무료 이용자의



출처: 한국여성단체연합<sup>1</sup>

행위 유형을 분석하고 이들에게 적용될 수 있는 법적 혐의, 처벌 등을 검토하였다. 이 과정에서 대리인단은 온라인 성착취 관련 해외법 검토를 통해 이 사건의 중대성을 환기하고, 강력한 대응을 촉구하였다.

### 2. 수사과정에서의 대리인단의 역할

텔레그램 성착취 피해자들은 심각한 2차 피해가 우려되거나 이미 이루어지고 있는 상황이었다. 이미 몇몇 피해자들은 자신의 얼굴, 이름 등 개인정보가 박사방 키워드 검색 시 함께 검색되기도 했다. 이 때문에 언론에 보도된 피해자의 개인정보만으로 피해자의 신원이 노출될 우려가 있었다. 텔레그램 성착취 공대위는 포털사이트, 언론 모니터링을 통해 피해자

<sup>1</sup> 한국여성단체연합, [기자회견] n개의 성착취, 이제는 끝장내자! 텔레그램 성착취 사건의 근본적 해결을 원한다, <http://women21.or.kr/rights/16185>, 2020. 3. 26.

의 신원을 유추할 수 있는 검색어, 게시물, 기사를 수집하고 포털사이트와 간담회를 진행하여 신속한 삭제 서비스 지원을 약속 받았다. 대리인단은 이 과정에서 피해자의 삭제 요청에 대한 법률자문, 내용증명 작성 등을 지원하였다.

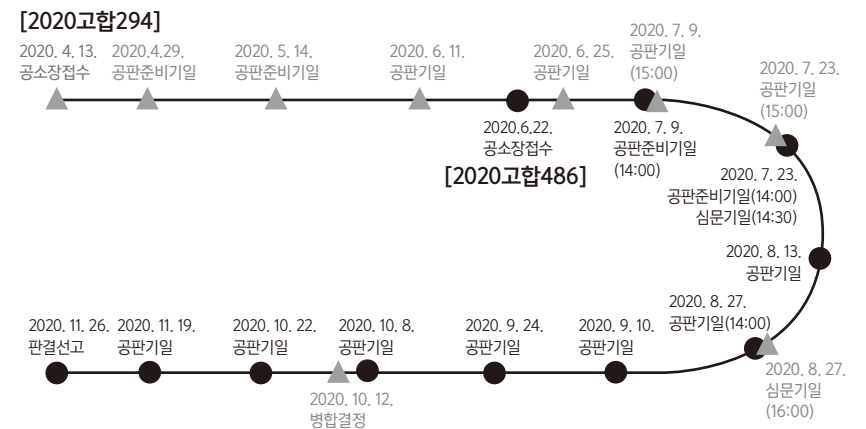
피해자의 개인정보가 광범위하게 유출되고, 피해자들이 이로 인한 불안감을 호소하고 있는 상황에서 대리인단 전체가 피해자 전체의 정보를 알게 되는 것보다는 대리인단 변호사와 피해자를 1:1 매칭하는 편이 비록 변호사라고 할지라도 최대한 적은 인원이 피해사실을 인지하는 측면에서 적절하다는 판단을 하였다. 각 피해자별로 2, 3인으로 주심 대리인을 배정하고, 대리인단 중 일부(원민경, 신고운, 박수진, 오선희, 안지희, 조은호 등)은 가급적 모든 피해자의 지원팀에 들어가 초기 상담 과정부터 참여하고 조율하면서 각 피해자별 사건 파악과 지원 과정에서 누수가 생기지 않도록 노력하였다. 대리인단 변호사들은 이후 주심으로 배정받은 피해자에 대하여 개별적으로 당사자 면담, 피해자 조사 동석, 수사기관에 의견서 제출을 하며 피해자를 조력하였다. (이후 공판 절차에서의 범죄피해자지원센터의 피해자 생계비 지원 관련 업무 역시 피해자가 직접 수행하거나 상담소에서 조력하는 경우도 있었지만, 상황에 따라서는 해당 피해자를 맡은 대리인단 변호사가 신청지원서를 작성하는 등 생계비 지원 절차를 조력하였다.)

### Ⅲ. 공판단계

1. 1심 [서울중앙지방법원 2020. 11. 26. 선고 2020고합486, 2020고합294(병합), 2020고합74(병합), 2020고합98(병합), 2020고합315(병합) 판결]

### 가. 사건 진행 경과

1심 공판은 서울중앙지방법원 2020고합486에 2020고합294, 2020고합74, 2020고합98, 2020고합315가 병합되었고, 이 중 피고인 조주빈이 조직한 ‘박사방’관련 텔레그램 성착취 사건은 2020고합486, 2020고합294, 2020고합315이다(2020고합98은 피고인C가 카카오톡, 랜덤채팅, 텔레그램 등을 통해 단독으로 벌인 디지털성범죄 사건이며, 2020고합74는 디지털성범죄와 직접적 연관관계가 없는 피고인K의 살인예비, 특가범위반(보복협박) 사건이다). 사건은 공판준비기일만 각 2회씩 총 4회, 공판기일 총 11회(4회+7회)에 걸쳐 진행되었다. 공판준비기일과 공판기일 사이를 제외하면 2주 단위로 기일이 열렸고, 병합되기 전 두 사건이 동시에 진행되던 때에는 며칠 간격으로, 심지어 같은 날 한 시간 간격으로 두 사건의 공판이 열리기도 했다. 피고인들의 구속기간 갱신 이슈도 있지만, 무엇보다도 언론의 뜨거운 관심이 ‘박사방’텔레그램 성착취 사건의 ‘신속한’재판일정에 한 몫 하지 않았으리라 생각한다.



‘박사방’ 텔레그램 성착취 사건(2020고합294, 2020고합486) 타임라인 (2020고합315 사건은 기일이 잡히지 않고 2020. 4. 28. 2020고합294에 병합됨)

## 나. 주요 쟁점

피고인들은 공소 제기된 범죄의 개별적 사실관계에 대해서도 상당부분 다투었지만, 이하에서는 가장 주요한 쟁점인 박사방이 형법상의 범죄 집단인지의 여부 및 형사소송법상의 쟁점에 대해 중점적으로 살펴보고자 한다.

### (1) 범죄집단조직죄 성립 여부

텔레그램 성착취 사건은 디지털성범죄가 발생하는 인터넷 커뮤니티가 형법상의 범죄집단에 해당할 수 있음을 최초로 규명한 사건이라는 의의가 있다. 형법 제114조의 ‘범죄를 목적으로 하는 집단’(=범죄집단)은 특정 다수인이 중대 범죄를 수행한다는 공동 목적 하에 구성원들이 정해진 역할분담에 따라 행동함으로써 범죄를 반복적으로 실행할 수 있는 조직체계를 갖춘 결합체를 의미한다. ‘범죄집단’은 형법 제114조의 ‘범죄단체’에서 요구되는 최소한의 통솔체계를 갖추는 필요는 없지만 범죄의 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조를 갖추어야 한다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2019도16263 판결 참조).

피고인 조주빈과 C에게는 범죄집단조직죄·범죄집단활동죄, 나머지 4명의 피고인들은 범죄집단가입죄·범죄집단활동죄가 적용되었다. 피고인들은 공통적으로 박사방이 범죄집단이 아니라고 주장했다. 우선 박사방 내 구성원 간의 결합 정도나 역할 배분이 뚜렷하지 않고, 피고인 조주빈을 제외한 피고인들은 조주빈에게 속거나 이용당한 것에 불과했다는 근거를 내세웠다. 또한 조주빈 제외 피고인들은 박사방이 범죄집단이라 하더라도 박사방이 범죄집단에 해당한다는 인식, 범죄집단을 조직하거나 가입

한다는 점에 대한 인식이 없었으므로 범죄집단조직죄(피고인C) 또는 범죄집단가입·활동죄(나머지 피고인 4명)를 지지하지 않았다고 주장했다.

하지만 법원은 박사방 조직이 범죄집단에 해당한다고 판시하였다. 박사방 조직은 다투어 특정 가능한 ‘특정다수인’으로 구성되어 있으며, 조직의 목적이 ‘아동·청소년 등을 협박하여 성착취물을 제작하고 배포하는’ 중대범죄이고, 구성원들은 범죄목적 외에 인적 유대관계를 전혀 발견할 수 없고, 구성원들은 성착취 영상물 제작 / 박사방 그룹 관리 / 가상 화폐 수익 환전 / 동영상 유포 등 역할을 수행하여 범죄를 실행하였기 때문이다. 또한 피고인 조주빈의 지시에 따라 나머지 피고인들이 피해자 유인, 성착취물 유포를 한 행위는 범행의 규모와 반복성에 영향을 주었고, 범죄 계획과 실행을 용이하게 할 정도의 조직적 구조가 갖추졌기 때문이다. 법원은 피고인 조주빈이 다른 구성원들을 속이려 했다는 사정은 범죄집단 구성에 장애가 되지 않는다고 판단하였으며, 조주빈 제외 피고인들은 조주빈이 박사방에서 성착취물을 제작, 배포하고 있음을 알면서도 성착취물을 계속 받아보기 위해 조주빈의 지시를 따랐으므로 범죄집단의 목적을 인식한 상태에서 박사방 조직에 가입, 활동한 사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

### (2) 증거수집절차에서의 형사소송법 위반 여부(위법수집증거배제법칙, 자백보강법칙 등)

디지털성범죄라는 사건 특성상, 전자정보에 대한 포렌식 수사가 문제가 되었다. 압수수색영장을 제시하지 않고 압수하여 수집된 증거는 영장주의 위반으로서 원칙적으로 증거능력이 부정되며, 전자정보에 대한 압수수색에서도 예외가 없다. 정보저장매체를 직접 압수하는 경우(형사소송법 제



219조, 제106조 제3항) 「디지털증거의 수집·분석 및 관리규정」(대검찰청 예규 제876호), 「디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙」(경찰청훈령 제 845호)의 적용을 받는다.

피고인C의 변호인은 피고인C의 범행에 관한 증거는 위법수집증거 또는 그에 따른 2차적 증거이므로 모두 증거능력이 없다고 주장했다. 구체적으로, 수사기관이 이 사건 공소사실과 다른 피고인C의 디지털성범죄 범행에 관하여 발부된 압수수색검증영장을 집행하면서 피고인C에게 참여 기회를 주지 않고 전자정보를 탐색하다가 별건에 해당하는 이 사건 범행 관련 전자정보를 임의로 추가 탐색·수집하였고, 이와 같이 위법하게 수집된 전자정보를 바탕으로 압수수색검증영장을 발부받았으며, 이 영장을 집행하는 과정에서 피고인C에게 영장을 제시하지도 않았고 압수대상 전자정보 상세목록을 교부하지도 않았다고 주장했다.

하지만 법원은 '1차 영장 집행 과정에서 이 사건 성착취물로 추정되는 이미지와 동영상은 다수 발견하고 압수수색을 중단한 뒤 2차 영장을 발부받아 집행하였으며, 기존 범죄와 이 사건 범죄 사이에는 범행수법 유사성, 범행 시점의 인접성 등에 비추어 객관적 관련성이 없다고 보이지 않았고, 피고인의 참여권과 관련해서는 1차 영장 집행 당시에는 피고인으로부터 참여하지 않겠다는 의사표시를 받았으며 2차 영장 집행은 피고인의 참여 하에 이루어졌고, 그 과정에서 이 사건 범행 관련 전자정보를 압축하여 해시값과 파일명 목록을 피고인에게 교부하였기 때문에 적법절차의 실질적 내용을 침해하지 않았다고 판단하며 피고인 C 변호인의 주장을 배척하였다.

## 다. 변호인단의 역할

### (1) 1심 공판 과정 전반

1심에서 변호인단은 매 공판에 출석하고, 순번을 나누어 방대한 양의 기록을 열람복사 하였으며, 증거조사 과정에서 피해자의 피해 상황이 노출되는 것을 최소화될 수 있도록 의견을 진술하고, 이 사건의 의의 및 처벌 필요성에 대한 의견서와 참고자료를 제출하고 법정에서 양형에 관한 의견을 진술하였다. 특히 이 사건은 너무나도 큰 주목을 받았기에 언론에 의한 2차 피해(디지털성범죄 피해를 자극적인 보도 소재로 악용)도 우려되었고, 이를 방지해야 했다. n번방 사건이 언론에 본격적으로 보도되기 시작한 2019. 11. 직후보다도, 오히려 조주빈이 검거된 후 조주빈과 유명인과의 관계 등 범죄의 심각성에 관한 보도와 무관한 자극적인 기사들이 쏟아져 나왔다. 2020. 4. 29. 첫 공판준비기일 직전에는 미상의 경로로 공소장이 언론사에 유포되어 피해자 1인의 구체적 피해사실이 기사화되었으며, 해당 피해자는 해당 기사로 인해 원치 않게 자신의 피해가 알려졌고 자신이 특정될지도 모른다는 두려움에 떨어야 했다. 이에 변호인단은 이 사건을 공판준비기일부터 비공개로 진행할 것을 요청하는 의견서를 재판부에 제출했으며, 위 의견서가 우리의 첫 의견서였다.

### (2) 1심 최종 의견서 제출 및 선고 당일 공대위 기자회견에서의 발언

기나긴 공판 과정을 마치고 2020. 10. 22. 결심일이 다가왔다. 피해자 대리인단은 사전에 의견서를 제출하여 법원에 피해자 대리인 진술 기회를 요청하였다. 결심 당일 대리인단은 피해자들의 피해는 공소장에 단어로 표현된 것 이상이며, 피고인들에게는 형 집행이 끝난 이후에도 복귀의 기회가 남아 있지만, 피해자들은 피고인의 손에 여전히 남아 있는 인적사항

과 성착취물 때문에 기약 없는 시간을 두려움에 떨어야 한다는 점을 진술하였다. 나아가 대리인단은 진술을 통해 피해자들의 목소리를 법정에 직접적으로 전달하였다. 피해자들은 피고인들의 형식적인 반성이 얼마나 무색한지 지적하며, 그들이 겪고 있는 고통을 재판부에 호소하였다. 여기에 더하여 대리인단은 이 사건은 피고인들이 서로를 보완하여 범죄를 구성한 협업적·조직적 범죄라는 점, 이 사건은 시민과 시민이 서로를 의심하고 불안에 떨게 만든 심각하고 중대한 범죄라는 점, 이 사건에 적용 가능한 법률의 법정형은 무기징역이며 이 사건 피고인들의 행위보다 더 나쁜 죄질의 범죄를 상상하기도 어렵다는 점 등을 지적하며 피고인들에게 그들의 범행에 합당한 형이 선고되기를 촉구하였다.

결심 이후 공판은 재개되었다. 2020. 11. 19. 최종 결심되었으며, 11. 26. 선고되었다. 재판부는 범죄집단조직죄를 포함하여 기소된 모든 혐의를 유죄로 판단하였다. 재판부는 선고 과정에서 ‘피고인들이 다양한 방법으로 다수의 피해자를 유인하고 협박해 성착취물을 만들고 유포’하였으며, ‘피해자들의 신상을 공개해 회복 불가능한 피해를 주었다고 지적하였다. 나아가 범행의 중대성과 피고인의 태도 등을 고려하면 장기간 사회적 격리가 필요하다고 실시하였다. 재판부는 피고인 조주빈에게는 징역 40년, 그 외 피고인들에게는 징역 7년에서 징역 15년형에 이르는 중형을 선고하였다.

선고 이후 진행된 기자회견에서 텔레그램 성착취 공대위는 오늘의 판결은 시작일 뿐이며, 다른 가해자들에 대한 강력한 처벌과 피해자 보호, 재발방지 대책 등이 필요하다는 점을 강력히 주장하였다. 피해자 대리인단은 피해자는 단순 증거나 증언이 아닌, 사실관계의 당사자이자 인격체라

는 점을 강변하며 전국 각급의 모든 법원이 재판 과정에서 피해자를 보호하고 피해자로서의 권리를 존중하기 위한 일관된 기준과 제도를 갖추기를 촉구하였다.



출처: 여성신문<sup>2</sup>



출처: 한겨레<sup>3</sup>

<sup>2</sup> 여성신문, 2020. 11. 26. 자, 「조주빈 무기징역 아닌 40년이라니... 여성들 “텔레그램 성착취 ‘끝장’의 시작”」

<sup>3</sup> 한겨레, 2020. 11. 26. 자, 「[포토] 텔레그램 성 착취 끝장, ‘이제 시작일 뿐’」

## 2. 2심 (2020. 12. ~ 2021. 6.) [서울고등법원 2020노2178, 2021노236 (병합)]

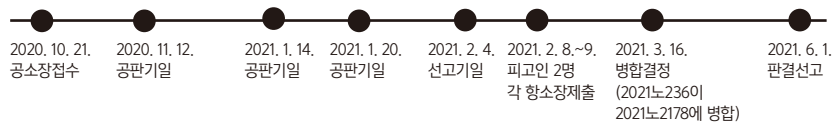
### 가. 사건 진행 내역

피고인 6명은 전원 항소했으며, 총 5회의 공판 끝에 2021. 6. 1. 항소심 판결이 선고되었다. 항소심 도중 피고인 조주빈과 K의 박사방 범죄수익 은닉 관련 사건(2020고합866, 2021노236)이 항소심에 병합되었다.

#### [2020노2178]



#### [2020고합866, 2021노236]



### 나. 주요 쟁점

#### (1) 범죄집단조직죄 성립 여부

피고인들은 1심과 마찬가지로 박사방이 범죄집단이 아니라고 주장했으며, 조주빈과 몇몇 피고인들은 박사방은 성착취물 거래가 이루어지는 ‘시장’에 가까운 것이며 조주빈 제외 피고인들은 소비자에 불과하고, 성착취물 제공은 수익 배분이 아닌 단순 이벤트라는 주장을 펼쳤다. 특히 피고

인 C의 변호인은 “피고인C는 박사방에서 단순히 채팅을 한 것에 불과하지 피고인 조주빈이 성착취물을 제작한 데 관여한 적이 없다”고 하며 범죄집단조직죄 혐의를 강력히 부인했다. 그 결과, 피고인 C의 경우 검사의 2020. 5. 4. 공소장변경허가신청에 의하여, 범죄단체가입·활동죄를 예비적 공소사실로 추가한 공소장 변경이 이루어졌다.

다행히 2심 법원은 1심 법원과 마찬가지로, 박사방은 ‘성착취물 제작, 배포’라는 공동목적을 가진 특정다수인의 계속적 결합체로서 피고인 조주빈의 지시에 따라 다른 피고인들이 역할을 분담하여 범죄를 수행한 범죄집단이라는 결론을 유지하였다. 단 피고인 C의 경우 박사방 중 ‘시민의회’방이 조직되는 과정에서는 명백한 역할을 하지는 않았으므로 행동 양태가 범죄집단조직에 이르지 못하였지만, ‘시민의회’방을 중심으로 한 범죄집단이 조직된 후 범죄집단의 취지를 알면서 ‘시민의회’에 가입하고 성착취물의 제작, 배포 범행에 동조하여 구성원으로 참가, 박사방의 존속, 유지를 위한 활동을 했으므로 범죄집단가입 및 활동죄가 성립한다고 판단하였다(예비적 공소사실 인정).

#### (2) 증거수집절차에서의 형사소송법 위반 여부

피고인C 변호인은 항소심에서도 위법수집증거배제법칙으로 인해 피고인 C는 무죄라는 점을 끈질기게 주장하였다. 피고인C 변호인은 수사과정에서의 위법성을 입증하기 위해 피고인C를 초기에 수사했던 수사관 2명을 증인으로 신청하였고 2021. 4. 20. 수사관 2명에 대한 증인신문이 진행되었다. 증인신문 진행 과정에서 피고인C 변호인은 수사 기록을 화면에 띄우는 식으로 수사관에게 제시하며 질문을 했는데, 이 때 피해자의 실명이 삭제되지 않은 수사기록이 화면에 비춰졌고, 또한 피고인C 변호인은 법원

에 제출한 증인신문사항에 피해자 이름을 그대로 적시하기까지 하여 크게 논란이 되었다.<sup>4</sup> 다행히도 법원은 1심과 마찬가지로 피고인C 변호인의 위법수집증거 주장을 배척하고 증거능력을 인정하였다. 수사기관이 피고인C를 압수수색하는 과정에서 피고인의 실질적 참여 기회를 보장했고, 피고인에게 전자정보 상세목록을 교부하였으며, 별건 범죄와 이 사건 박사방 관련 범죄간의 객관적 관련성이 없다고 보기도 어렵다는 것이 그 근거였다.

#### 다. 변호인단의 역할

대리인단은 1심과 마찬가지로 매 기일 출석하고 순번을 나누어 공판기록을 열람복사 하였으며, 2021. 5. 4. 제5회 공판기일에서 <그들이 만든 지옥에서 살아가는 피해자들을 대신하여>라는 제목의 의견을 진술하였다. “다른 범죄와 달리 디지털 성착취 범죄의 경우 가해자가 검거되어 처벌되더라도 피해자의 피해는 계속된다. 오히려 사건 공문화 이후 ‘n번방’ ‘박사방’이라는 이름이 붙은 영상들이 고액에 거래되었고, 피고인 조주빈의 체포소식이 보도된 이후에는 세계 최대 포르노 사이트에 ‘텔레그램 n번방’ ‘박사방’이 실시간 검색어로 올라왔다. 피해자의 성착취물은 현재까지도 계속 유통되고 있다. 피해자들은 또한 지인들에게 피해 사실이 알려질까 전전긍긍하며 일상을 나고 있으며, 직장 내에 사건 피해자임이 알려져서 해고당한 피해자도 있다.”는 내용이 포함되었다.

또한 대리인단은 선고 이전 피해자 변호인 의견서를 제출하였는데, 피고인들이 공소사실 전체를 부정하지는 않았지만(이미 물증도 충분한 상황이었

기 때문에) 박사방이 범죄집단에는 해당하지 않는다고 일관되게 주장해오고 있었고, 피고인C 변호인의 주장으로 인해 공소장 변경까지 된 상황이었으므로 피고인들의 주장에 대한 반박을 중심으로 의견서를 제출하였다.

법원은 1심 판결의 기초를 유지하였지만, 피고인 조주빈의 경우 ‘형사처벌전과가 없는 초범이고 일부 피해자와 합의한 점’을 들어 징역 42년을 선고했으며 피고인C의 경우 범죄단체조직죄 대신 범죄단체가입·활동죄를 적용하여 2년을 감형한 징역 13년을 선고했다. 피고인 조주빈은 이 사건 1심(2020고합486)과 별개로 박사방 범죄수익을 은닉한 혐의로 추가 기소되어 징역 5년을 선고받았는데(2020고합866), 이 사건 항소심에서 두 사건이 병합되었기 때문에 수치상 징역 45년에서 징역 42년으로 감형된 셈이다. 공대위는 기자회견을 열어 법원의 양형에 일말의 아쉬움을 전했다(아래 사진).<sup>5</sup>



출처: 경향신문

5 경향신문, 2021. 6. 1.자, 「여성단체 “박사방” 조주빈 2심 42년... 최소한 감형만은 없었어야」

4 세계일보, 2021. 5. 3.자, 「공개재판인데.. ‘박사방’ 피해자 실명 툭툭 꺼내는 변호인」

대리인단은 기자회견에서 이 사건에 범죄단체조직·가입죄가 적용·인정된 의미에 대해 분석하여, 법원이 디지털 기술을 이용하여 산업화되고 조직화된 성착취를 개인의 일탈이 아닌 중대 범죄라고 판단하였다는 점, 기존 사례와 비교되는 이 사건의 양형은 피고인들의 범행이 유례없이 심각했기 때문이라는 점 등을 지적하였다. 나아가 대리인단은 이 사건의 의의로 우리 사회에서 성적자기결정권 침해가 생명권에 맞먹는 중대한 인권 침해로 평가되었다는 점, 유사 사건에 이 사건 판결이 이정표가 될 것이라는 점 등을 제시하였다.

### 3. 3심(2021. 6. ~ 2021. 10.) [2021도7444]

피고인 6명 중 5명이 상고하였고, 대법원은 2021. 10. 14. 무변론 상고 기각 판결을 선고하였다.<sup>6</sup> 이로서 텔레그램 성착취 피해사건의 핵심 가해자인 조주빈에게 징역 42년형이 확정되었다. 선고 당일 공대위는 대법원 앞에서 기자회견을 열었고, 대리인단 조은호 변호사가 참석하여 발언하였다.

피고인 6명이 저지른 범죄를 다 합치면 죄명이 무려 25개에 달한다. 텔레그램 성착취 사건과 무관한 각 피고인의 개별 범죄는 이 중 극소수에 불과하다. 디지털성범죄가 얼마나 다양한 범죄 양태들을 포함한 악질적 범죄인지는 이 사건 피고인들에게 적용된 죄명만 보더라도 실감할 수 있게 됐다.

<sup>6</sup> 한겨레, 2021. 10. 14. 자, 「박사방 운영자 조주빈, 징역 42년 확정」

- 가. 범죄단체조직 나. 범죄단체가입 다. 범죄단체활동
- 라. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등)
- 마. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강제추행)
- 바. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)
- 사. 아동복지법위반(아동에대한음행강요,매개,성희롱등)
- 아. 사기 자. 사기미수 차. 개인정보보호법위반
- 카. 강요미수 타. 마약류관리에관한법률위반(향정)
- 파. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작,배포등)방조
- 하. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물소지)
- 거. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간)
- 너. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(유사성행위)
- 더. 강제추행 러. 무고 며. 강요 벼. 협박 서. 살인예비
- 어. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복협박등)
- 저. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강요행위등)
- 처. 성폭력처벌법위반(통신매체이용음란)
- 커. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성매수등) 터. 유사강간
- 퍼. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영,배포등)
- 허. 정통망법위반(명예훼손)
- 고. 범주수익은닉의규제및처벌에관한법률위반 노. 모욕

## IV. 나오며

텔레그램 성착취 사건에 대한 대중의 관심은 피고인들에 대한 중형 선고뿐만 아니라 ‘n번방 방지법’ 제정이라는 큰 결실을 거두었다. 하지만 입법은 디지털성범죄를 근절하기 위한 하나의 수단일 뿐이다. 디지털성범죄 신고 및 고소 건수는 텔레그램 성착취 사건 이후 폭발적으로 증가했고, 수사관의 업무가 지나치게 과중되어 수사에 어려움이 가중되고 있으며

사건의 적체로 인하여 가해자들을 신속하게 엄중 처벌하는 데에는 여전히 한계가 있다. 또한 'n번방' 회원숫자만 26만 명이라는 데에서도 짐작할 수 있듯, 'n번방'의 파급력으로 인해 텔레그램 성착취 범죄 수법을 모방한 유사범죄들이 너무나 많아졌다. 과연 디지털성폭력 피해자들의 고통을 어떻게 하면 끝낼 수 있을지, 우리는 질문을 계속 던지는 수밖에 없다.

## 판례평석

1. 故 변희수 하사 강제전역 취소 결정 | 이도경

2. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 위헌 결정 | 정명화

판례평석 1
故 변희수 하사 강제전역 취소 결정
이도경

1. 서론

2020년 1월 16일 육군에서 성확정수술(성전환수술)을 받은 트랜스젠더 군인에 대해 전역심사를 계획하고 있다는 소식이 언론을 통해 알려졌다. 당초 'A 하사'로만 알려졌던 그는 1월 22일 전역심사위원회의 결정을 앞두고 기자회견을 통해 변희수라는 자신의 이름과 얼굴을 공개하며, 나라를 지키는 군인으로 계속 남고 싶다고 호소하였다. 그런데도 육군본부 전역심사위원회는 같은 날 변희수 하사를 전역시키기로 의결하였다.

기자회견에서 굳은 의지와 용기를 갖고 “기갑의 돌파력으로 차별 없는 세상을 만들겠다”라던 고(故) 변희수 하사(이하 ‘변희수 하사’라 한다.)는 위법한 전역처분에 대하여 투쟁을 이어가던 도중 끝내 스스로 생을 마감하였으나, 대상판결로써 변희수 하사에 대한 전역처분은 명백히 위법한 처분임이 확인되었다.

대상판결이 선고되던 날, 성소수자 인권에 중대한 의미를 가지는 판결이 선고되었음에도 어느 누구도 온전한 기쁨을 느낄 수 없었다. 누구보다 행복해했을 당사자가 그 순간을 함께하지 못했기 때문일 것이다. 애통함과 허망함 속에서도 다시는 이러한 슬픔이 반복되지 않도록, 성확정수술을 이유로 한 전역처분은 그 자체로 위법함을 확인한 대상판결의 의미를 되새겨보고자 한다.<sup>1</sup>

## 2. 사실관계의 요지

변희수 하사는 2017. 3. 1. 남군 부사관으로 임관하여 전차조종수로 임무를 수행하던 중, 2017. 5. 27. 민간병원에 내원하여 ‘성정체성 장애’ 진단을 받았다. 이후 변희수 하사는 여단장과 군단장의 허락을 얻은 후 임기만료일(2021. 2. 28.) 전인 2019. 11. 29.에 태국에서 성확정수술을 받고, 2019. 12. 26. 청주지방법원에 성별정정허가 신청을 하였다.

변희수 하사는 귀국한 후 국군수도병원에 입원하여 치료받았으며, 그 과정에서 군 병원 의무조사위원회의 조사를 받게 되었는데, 의무조사위원회는 2019. 12. 26. 변희수 하사에 대하여 ‘병명: 고환의 결여 및 무형성, 성전환증’, ‘신체등위/심신장애등급: 음경상실 5급, 고환결손 5급, 합계 최종 3급’이라는 결정을 하였고, 전역심사위원회에 회부를 통보하였다.

이러한 사실이 보도되고 난 후인 2020. 1. 21. 국가인권위원회는 긴급

구제결정을 통해 이 사건 피고인 육군참모총장에게 ‘원고의 성전환수술 행위를 신체 장애로 판단하여 전역심사위원회에 회부한 것은 성별정체성에 의한 차별행위의 개연성이 있으며, 전역으로 결정할 경우 회복하기 어려운 피해발생의 우려가 있는 점 등을 고려하여 전역심사위원회를 국가인권위원회 규칙 제4조에 따른 조사기한인 3개월 이후로 연기할 것’을 권고하였다.<sup>2</sup> 그러나 육군본부 전역심사위원회는 위와 같은 권고를 무시하고 2020. 1. 22. 변희수 하사를 전역시키기로 의결하였고, 피고는 같은 날 2020. 1. 23.자 전역처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 변희수 하사에게 통지하였다.

변희수 하사는 이 사건 처분의 취소를 구하는 인사소청을 제기하였으나, 육군본부 군인사소청심사위원회는 변희수 하사의 인사소청을 기각하는 결정을 하였고, 이에 변희수 하사는 2020. 8. 11. 이 사건 처분의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 그런데 이 사건 소가 계속 중이던 2021. 2. 27. 변희수 하사가 사망<sup>3</sup>하였고, 그의 상속인들이 2021. 4. 5. 소송수계를 신청하여 이 사건 소의 원고들이 되었다.

1 지난 2022. 2. 16. 변희수 하사의 복직과 명예회복을 위한 공동대책위원회의 주관으로 ‘변희수 하사 전역처분 취소소송 판결의 의미와 과제’라는故 변희수 하사 1주기 토론회가 진행되었다. 이 글에서는 대상판결의 법적·사회적 의미에 집중하였음을 밝히며, 해외 사례를 포함하여 대상판결에 대한 보다 깊이 있는 논의에 대하여는 해당 토론회의 자료집을 살펴보기를 권한다.

2 “성전환 수술 하사, 전역심사 멈춰라”... 인권위, 긴급구제 결정. (<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20200121/99347758/1>), 동아일보, (2022. 4. 10. 20:05)

3 대상판결은 변희수 하사의 사망일을 2021. 3. 3.로 적시하였으나, 해당 날짜는 변희수 하사가 발견된 날이고, 경찰 조사에 따르면 변희수 하사의 실제 사망일은 전역 예정일(2021. 2. 28.) 하루 전인 2021. 2. 27.로 추정된다.



### 3. 판결의 요지

#### 가. 이 사건의 쟁점

대상판결에서는 1) 이 사건 소송은 ‘군인으로서의 지위’라는 일신전속적인 지위에 관한 처분을 다투는 것인데 원고들의 소송수계가 가능한지, 2) 이 사건 처분은 군인사법 제37조 제1항 제1호<sup>4</sup>에 근거하여 이루어졌는데, 변희수 하사를 위 규정상 ‘심신장애’에 해당한다고 볼 수 있는지가 쟁점이 되었다.

피고는 이 사건 소가 일신전속적인 지위에 관한 행정소송이어서 소송수계가 불가하고, 변희수 하사가 사망하여 이미 이 사건 처분의 효과가 소멸하였기 때문에 더 이상 소의 이익이 없으며, 설령 소의 이익이 인정된다고 하더라도 이 사건 처분이 적법하다고 주장하였다. 원고들은 이에 대하여 이 사건 처분이 취소될 경우 원고들은 변희수 하사의 상속인들로서 그의 잔여복무기간에 대한 미지급 급여 등을 받을 수 있게 되어 소의 이익이 있고, 이 사건 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있기 때문에 이 사건 처분의 위법성을 확인하기 위하여 소의 이익이 있다고 주장하였다. 또한 이 사건 처분은 변희수 하사가 ‘남성’이라는 전제 하에 남성으로서의 성기 등을 상실했다는 이유로 이루어진 것이므로 위법한 처분이라고 주장하였다.

<sup>4</sup> 군인사법 제37조(본인의 의사에 따르지 아니한 전역 및 제적) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 각군 전역심사위원회의 심의를 거쳐 현역에서 전역시킬 수 있다.1. 심신장애로 인하여 현역으로 복무하는 것이 적합하지 아니한 사람

#### 나. 일신전속적인 지위에 관한 행정소송에서 원고들의 소송수계가 적법한지 여부

대상판결은 소송수계가 가능한지 여부는 원칙적으로 해당 소송의 목적인 권리의무가 상속의 대상이 될 수 있는지 여부에 따라 결정되므로, 소송으로서 회복하고자 하는 당사자의 지위나 권리의무가 일신전속권으로서의 상속의 대상이 되지 않는 경우 그 당사자가 사망하면 원칙적으로 소송은 종료된다고 봄이 타당하고, 이 사건에서 변희수 하사의 군인으로서의 지위도 일신전속권으로서 원칙적으로 상속의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

그런데도 대상판결은 다음과 같은 이유를 들어 원고들의 소송수계가 적법하다고 판단하였다. ① 행정처분의 취소를 구하는 소가 제소 당시에는 소의 이익이 있어 적법하였는데, 소송계속 중 그 효과가 소멸한 때에 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라도, 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아있거나 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다(대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결 참조). ② 이 사건 처분의 취소로써 회복할 수 있는 급여청구권 등의 권리 또는 법률상 이익이 여전히 남아 있으므로, 소의 이익을 인정하는 데는 큰 무리가 없고, 이러한 급여청구권은 권리 또는 법률상 이익에 해당하므로, 원고들이 상속할 수 있는 대상이라 할 수 있다. ③ 성정체성의 혼란 또는 성별불일치의 인식으로 성전환수술을 하는 사람들이 존재하

로, 이 사건 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성도 배제하기 어렵고, 따라서 이 사건 처분의 위법성 확인은 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 필요하다.

④ 손해배상소송(민사소송 또는 공법상 당사자소송)에서 선결문제로 이 사건 처분의 위법성을 우회적으로 판단하는 것보다 항고소송을 담당하는 이 사건 소송에서 이 사건 처분의 위법성을 직접 판단하고 위법하다면 이를 취소하는 판결을 하는 것이 원고들의 권리구제에 더 적절하고 항고소송의 특성에 맞을 뿐만 아니라 원고들의 신속한 재판받을 권리를 두텁게 보장하는 것이다.

다. 이 사건 처분이 적법한지 여부

대상판결은 우선 이 사건 처분의 근거규정이 되는 군인사법 제37조 제1항 제1호의 ‘심신장애’의 의미에 대해서는 군인사법이나 시행령 등에서 정의규정을 두고 있지 않지만, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제2조의 정의를 참고하여 ‘군인으로서의 임무수행에 상당한 제약을 초래하는 신체적·정신적 손상 또는 기능상실’로 볼 수 있다고 실시하였다. 또한 심신장애의 의미, 군인사법 시행규칙 제53조 제1항 [별표 1] 심신장애 등급표의 규정 내용 등을 종합하면 심신장애의 해당 여부는 의학적인 관점에서 주관적인 목적이나 사정을 고려하지 않고 객관적 상태만을 기준으로 판단한다고 봄이 타당하다고 보았다.

한편, 대상판결은 이 사건 경우와 같이 성전환수술을 통해 성별을 전환한 경우, 위와 같은 심신장애 여부를 판단함에 있어 전환 전의 성별을 기준으로 할 것인지 전환 후의 성별을 기준으로 할 것인지가 문제된다고 하

면서, ① 현재 성전환자에 대한 성별의 전환 또는 정정이 허용되고 있고, ② 변희수 하사의 성전환수술 전후 사정을 고려하면 성전환 수술 후 변희수 하사의 성별을 여성으로 평가할 수 있으며, ③ 변희수 하사는 성전환 수술 직후 청주지방법원에 등록부정정(성별정정) 신청을 하고 피고에게 이를 보고한 상태였기 때문에 피고도 이러한 사정을 잘 알고 있었을 뿐만 아니라, ④ 이후 청주지방법원은 2020. 2. 10. 변희수 하사의 성별을 남성에서 여성으로 정정하는 등록부정정(성별정정)을 허가하였다는 점 등을 들어 이 사건 처분 당시 변희수 하사가 군인사법상 심신장애에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 당연히 여성을 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 보았다.

결국 남성의 성징을 기준으로 한 음경상실, 고환결손은 여성에 대하여 군인사법상 심신장애 사유에 해당한다고 볼 수 없으며, 따라서 여성인 변희수 하사의 성전환수술 후 음경상실, 고환결손 상태를 군인사법상 심신장애 사유에 해당함을 전제로 한 이 사건 처분은 그 자체로 위법하다고 판단하였다.

라. 소결

대상판결은 앞서 살펴본 바와 같이 비록 변희수 하사가 이 사건 소송 계속 중 사망하였다 하더라도 원고들의 소송수계가 적법하게 이루어졌고, 이 사건 처분은 여성인 변희수 하사에 대하여 남성의 성징을 기준으로 하여 심신장애 여부를 판단한 것으로서 그 자체로 위법하다고 하며, 피고가 변희수 하사에 대하여 한 이 사건 처분을 취소하였다.

대상판결의 선고 이후 피고 측은 불복 의사를 밝히면서 법무부에 항소 지휘를 요청하였으나, 법무부 장관이 행정소송 상소자문위원회의 권고를 존중하여 피고에게 항소 포기를 지휘하면서 2021. 10. 27. 판결이 확정되었다.<sup>5</sup>

#### 4. 대상판결의 검토

##### 가. 행정소송에서의 소의 이익

행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분등의 효과가 기간의 경과, 처분등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.”고 원고적격을 규정하고 있는데, 이와 같은 ‘소의 이익’이 없는 자가 취소소송을 제기할 경우에는 원고적격이 없는 것이 되어 소는 각하의 대상이 된다.

대법원은 위 규정에서 도출되는 협의의 소의 이익 외에도, 행정소송의 목적이 되는 처분의 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제의 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다(대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전

5 군, ‘변희수 하사 전역취소 판결’ 항소 안 한다, ([https://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/1016293.html](https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1016293.html)), 한겨레, (2022. 4. 6. 17:05)

원합의체 판결, 대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두1638 판결 등 참조)고 하여 보다 넓은 소의 이익을 인정하고 있다.

한편, 이전까지 일신전속적 지위에 관한 행정소송에서 소송수계 가능 여부가 쟁점이 된 경우에는, 대상판결에서 인용된 공무원으로서 의원면직처분에 대한 무효확인을 구하는 소송 중 공무원이 사망한 경우(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005두15748 판결 참조)나 교수로서 직위해제 및 면직처분의 무효확인을 구하는 소송 중 교수가 사망한 경우(대법원 1995. 4. 7. 선고 94다4332 판결 참조)처럼 소송 중 원고가 사망하면 소송이 당연히 종료된다고 보았다.

그러나 대상판결에서는 비록 취소의 대상이 되는 처분이 일신전속적 지위에 관한 것이어서 당사자가 사망함에 따라 그 처분의 효력이 소멸되었다 하더라도, 소송수계를 하고자 하는 자에게 처분의 취소로 얻을 수 있는 법률상 이익이 남아 있다면 여전히 소의 이익이 있다는 행정소송법 제12조 후문의 규정을 근거로 하여, 원고들에게 ‘변희수 하사의 2021. 1. 23. 이후 복무에 대한 급여청구권’이라는 법률상 이익이 있고, 행정소송에서 이를 다투는 것이 원고들의 권리를 보다 두텁게 보장하는 것임을 확인하여 주었다.

나아가 대상판결은 변희수 하사 외에도 군대 내에 트랜스젠더들이 있다는 점과 그렇기에 누군가가 성확정수술을 받고 단지 그로 인하여 전역처분을 받는 일이 또다시 반복될 수 있다는 점에 주목하였다. 그러므로 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등을 위해 사법적 판단이 필요하다고 직접적으로 언급하였다. 대상판결은 이 사

건을 하나의 예외적인 문제가 아니라, 다양한 성적체성을 지닌 사람들이 살아가는 이 사회 구조 속에서 반복될 수 있는 문제이고, 소위 ‘사회적 합의’ 없이 사법부가 현행법과 제도 내에서 바로 지금 판단하고 해결할 수 있는 문제라고 보았다는 점에서 의미가 있다.

### 나. 성별 정체성에 대한 판단

피고는 이 사건 처분 당시에는 변희수 하사를 ‘남성’으로, 소송 중에는 ‘성전환수술을 한 호기심의 대상’으로 정의하며 지속적으로 변희수 하사의 성별정체성을 부정하였다. 그러나 대상판결은 의학적으로는 물론 법적으로도 변희수 하사가 ‘여성’이라는 명백한 사실을 다시금 확인하여 주었다.

대상판결은 이 사건 처분 당시 변희수 하사는 법률적으로 여성으로 평가될 수 있고, 그렇다면 변희수 하사가 남성임을 전제로 한 이 사건 처분은 그 자체로 위법하다고 판단하였다. 이와 같은 판단은 이 사건 처분 당시에는 아직 변희수 하사에 대한 성별정정 허가 결정이 이루어지지 않았다는 점에서 더욱 의의가 있다. 아직 가정법원의 성별정정 허가결정이 있기 전이라도, 당사자에 대한 처분을 함에 있어서는 행정청이 개별적·구체적 사안에서 당사자의 성별정체성을 판단할 수 있고, 또 판단해야 함을 밝힌 것이다.

대상판결은 구체적으로 ① 성적체성 장애 진단 등 성전환수술에 이르게 된 경우, ② 의학적으로 검증된 방법으로 수술이 이루어지고 회복되었다는 점, ③ 신체적 기능에 특별한 장애가 없이 여성으로서 만족감을 느끼는 등 당사자의 성적체성에 대한 인식, ④ 사회통념상 여성으로 판단 가능한지 여부, ⑤ 당사자가 법원에 성별정정 신청을 하였고 피고도 이를 인식하

고 있었던 점 등을 성별 정체성의 판단기준으로 언급하였다. 대상판결은 이 사건 처분 이후인 2020. 2. 10. 청주지방법원이 변희수 하사에 대하여 성별정정을 허가한 점도 언급하였으나, 이는 이 사건 처분 이후에 발생한 사실임을 고려할 때 보완적인 사정으로 언급한 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같은 대상판결의 판단은 개별 사안에서 성별정체성에 대한 법적 인정이 반드시 가족관계등록부상 성별과 일치할 필요는 없다는 것을 의미하기도 한다. 개인의 성별정체성은 법적 성별과는 무관하게 형성되고 존재하는 것이라는 점을 고려할 때, 이러한 판단은 타당하고 또 환영할만한 것이다. 변희수 하사는 이 사건 처분 이후 성별정정 결정을 받기는 하였으나, 대법원의 기준에 따랐을 때 성별정정 결정을 받기 어려운 경우라고 하더라도 법원이 대상판결의 기준을 적용하여 개별 사안에서 당사자의 성별정체성을 법적으로 인정하고 그에 따른 판단을 하는 것이 가능하다 할 것이다.

### 다. 대상판결의 한계

#### (1) 지연된 정의

비록 대상판결이 성소수자 인권과 관련하여 의미 있는 판단을 하였다 고 하더라도, 소가 제기된 지 9개월 만에 첫 기일이 잡히고, 1년 2개월 만에 판결이 이루어졌다는 점에 대해서는 아쉬움을 표하지 않을 수 없다. 2020. 8. 11.에 이 사건 소를 제기한 변희수 하사는 스스로 생을 마감하기 전까지 법원에 출석할 수 있는 기회조차 얻지 못하였고, 결국 승소판결을 선고받는 자리에도 함께할 수 없게 되었다.

소송이 제기되기 전부터 슬하게 지적되어 온, 변희수 하사는 이 사건 처

분 당시 이미 법률상 여성으로 보아야 하고 따라서 남성에 적용되는 심신 장애사유인 ‘음경/고환상실’을 적용하는 것은 위법하다는 당연한 사실을 확인하기까지 너무나도 긴 시간이 걸렸다는 점은 분명 사법부가 책임을 져야 할 것이다.

## (2) 성소수자 차별에 대한 판단

대상판결에 앞서, UN인권최고대표 사무소는 2020. 7. 29. 성적지향과 정체성에 기초한 폭력과 차별에 대항하는 보호에 관한 독립전문가, 모든 이의 달성 가능한 최상의 신체 및 정신건강 수준을 누릴 권리에 대한 특별보고관, 프라이버시에 관한 특별보고관, 여성과 소녀 차별에 관한 실무위원회 위원장 공동명의로 대한민국에 보내는 유엔 특별절차 서한에서 변희수 하사의 남성 성기 제거를 장애로 고려한 것은 ‘국제질병분류(International Classification of Diseases)’ 제11판에 배치되고, 변희수 하사에 대한 강제전역은 일할 권리와 성 정체성에 기초한 차별을 금지하는 국제인권법을 위반할 소지가 있다고 지적하였다.<sup>6</sup>

또한 국가인권위원회는 2020. 12. 14. 군인사법상 심신장애등급표는 질병이나 사고로 인한 장애를 판단하기 위해 만들어진 기준으로 성적정체성 실현을 목적으로 자의에 의해 수술을 받은 경우 이 기준을 적용할 수 없는 데도, 이와 달리 변희수 하사에게 이를 적용하여 전역 처분을 한 것은 법률유보 원칙을 위반하여 “피해자의 행복추구권과 직업수행의 자유 등을

<sup>6</sup> OHCHR, Mandates of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; the Special Rapporteur on the right to privacy; and the Working Group on discrimination against women and girls, 2020. 7. 29. (<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25445>) 참조, (2022. 4. 7. 18:35)

침해”한 것이라고 판단하였다. 이어 “전역 처분을 취소하여 피해자의 권리를 원상회복할 것을 권고”하고, “국방부장관에게, 군복무 중 성전환 수술을 한 장병을 복무에서 배제하는 피해사례가 발생하지 않도록 관련제도를 정비할 것을 권고”하였다.<sup>7</sup>

위와 같이 이 사건 처분이 성소수자에 대한 차별임을 지적하는 공적인 견해들이 많았음에도, 대상판결은 이 사건 처분이 성소수자에 대한 차별에 해당하는지, 성별에 근거한 차별을 금지하는 평등원칙 등을 위반하였는지에 대하여는 판단하지 않았다.

특히 대상판결은 변희수 하사와 같이 “남군으로 입대하여 군 복무 중 성전환수술을 받아 여성이 된 경우, 전환된 여성으로서 다른 심신장애 사유에 해당하는지 여부, 전환된 여성으로서 현역복무에 적합한지 여부나 계속 현역복무를 허용할지 여부 등은 관련 법령의 규정에 따를 것”이라고 하면서도, “궁극적으로는 군의 특수성 및 병력 운용, 국방 및 사회 전반에 미치는 영향, 성소수자의 기본적 인권, 국민적 여론 등을 종합적으로 고려하여 국가 차원에서 입법적, 정책적으로 결정할 문제라고 본다”라고 하여 트랜스젠더인 군인의 군 복무 여부는 궁극적으로 입법적, 정책적 차원에서 이루어져야 한다며 군대 내 성소수자 인권 보호를 위한 사법부의 역할에 대해서는 소극적인 입장을 취하였다.

물론 이와 같은 언급은 성소수자 인권을 고려하여 트랜스젠더 군인의

<sup>7</sup> 군인권센터 2021. 2. 1. 「성명」 국가가 인정한 인권침해, 트랜스젠더 강제전역 = 인권위 변희수 하사 진정 인용 환영」에 첨부된 국가인권위원회 제20차 전원위원회 결정문, (<https://mhrk.org/notice/press-view?id=2657>) 참조, (2022. 4. 7. 18:43)

군 복무가 가능하도록 입법 혹은 정책적 조치를 할 것을 촉구한 것으로 해석할 수도 있겠으나, 대상판결에서 현행법에 따르더라도 이 사건 처분은 성소수자에 대한 차별적 조치라는 점이 적시되었다면 하는 아쉬움이 남는다.

## 라. 판결 이후 남겨진 과제

대상판결 이후, 2021년 12월 국방부에서 ‘성전환자의 군복무’ 연구에 돌입하였다는 소식이 전해졌다.<sup>8</sup> 국방부는 외부위탁이 아닌 한국국방연구원(KIDA)에서 1년 동안 연구를 시행하게 되었다고 밝히면서도, 연구 대상 및 방향 등 구체적인 내용은 언급하기 어렵다고 하였다. 연구 결과에 따라 트랜스젠더 군 복무 여부에 대한 정책적 검토가 이루어질 것으로 예상되는 만큼, 그간 성소수자에 대한 이해도가 현저히 부족했던 국방부의 산하 기관인 KIDA에서 제대로 된 연구를 하는지에 대하여도 지속적인 관심이 필요할 것이다.

한편, 2021. 12. 13.에는 군사망사고진상규명위원회(이하 ‘군 진상규명위’라 한다.)에서 변희수 하사의 사망 사건을 직권조사하기로 결정하였다.<sup>9</sup> 국방부와 육군본부는 그간 변희수 하사의 사망에 대하여 “민간인이 사망한 것에 대해 군 입장을 낼 건 없다”라는 등 그의 사망의 책임을 회피해왔고,<sup>10</sup> 대상판결 이후에도 변희수 하사의 사망 시점이 2021. 3. 3.이라며 전

역 후 사망한 것이라고 주장해왔다. 반면, 변희수 하사의 사망 사건을 수사한 청주상당경찰서는 변희수 하사의 사망 추정 시간을 전역예정일 하루 전인 2021. 2. 27. 오후 5시 43분에서 9시 25분 사이로 판단하였다.<sup>11</sup>

군 진상규명위는 이 사건이 성전환자 및 성소수자의 군 복무 문제와 관련하여 사회적 파장을 일으킨 선례적 가치가 크다고 밝히며, 변희수 하사의 사망 시점과 더불어 고인이 군 복무 중 ‘부당한 처분’으로 사망에 이르게 됐는지를 규명하는 데 초점을 맞춰 조사를 벌이겠다고 하였다. 해당 조사를 통해 변희수 하사의 사망 시점이 아직 ‘군인 신분’이었던 2021년 2월 28일 전이고 이 사건 처분과의 인과관계가 있음이 밝혀지면, 변희수 하사가 순직을 인정받을 수 있는 길이 열린다.

대상판결이 뒤늦게나마 변희수 하사에게 가해진 부당한 처분을 취소하고 그의 성별 정체성을 확인해주었으나, 변희수 하사의 안타까운 죽음에 대하여는 아직 그 누구도 책임을 지지 않고 있다. 군 진상규명위의 조사에 따라 변희수 하사의 죽음에 대한 합당한 예우와 제대로 된 진상규명, 책임자의 진심어린 사과와 더불어 재발 방지를 위한 대책 마련까지 이루어질 수 있도록 지켜보아야 할 것이다.

## 5. 결론

대상판결은 사법부가 성확정수술을 이유로 한 트랜스젠더 군인에 대한

8 [성전환자 군복무]① [단독] 국방부 ‘트랜스젠더 군복무’ 연구 돌입…“KIDA서 내년 12월까지”, (<https://www.etoday.co.kr/news/view/2088521>), 이투데이, (2022. 04. 10. 18:25)

9 군사망사고진상규명위, 고 변희수 하사 ‘숨진 원인’ 직권조사, (<https://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/1023272.html>), 한겨레, (2022. 04. 10. 18:36)

10 군, 변희수 전 하사 사망 소식에 ‘침묵 속 애도’(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210303174800504>),

연합뉴스, (2022. 04. 10. 18:40)

11 변희수 사망 시점 논란…육군·법원 vs 경찰·군사망위 대립, ([https://mobile.newsis.com/view.html?ar\\_id=NISX20211221\\_0001696480](https://mobile.newsis.com/view.html?ar_id=NISX20211221_0001696480)), 뉴시스, (2022. 04. 10. 18:43)

전역처분의 위법성에 대하여 판단해야 하고, 판단할 수 있다는 점을 명확히 하였다. 또한 군 복무 중 성확정수술만을 이유로 강제전역 처분을 하는 것은 현행법상으로도 명백히 위법하다는 것을 확인하였다. 그와 같은 처분은 합리적 차별을 가장한 성소수자에 대한 혐오에 지나지 않는 것이다. 대상판결의 판단과 같이 군인의 전역처분에 관한 사유를 검토함에 있어서는 가족관계등록부상 표기된 성별이 아닌, 그의 성별정체성을 고려하여 실질적 성별을 기준으로 하여야 할 것이다.

성소수자에 대한 이해가 전혀 없었던, 소송 과정 동안 변희수 하사에 대해 수차례 차별과 혐오의 언어를 쏟아냈던 군은 반성적 태도로 성소수자가 차별 없이 복무할 수 있도록 제도적 장치를 모색해야만 할 것이다. 변희수 하사가 사랑해 마지않던 군대가, 그의 믿음처럼 인권을 존중하는 군대로 진보해나가기 바란다.

“힘을 보태어 이 변화에 보탬이 되었으면 좋겠다”라던 변희수 하사의 다짐이자 소망을 기억한다. 변희수 하사의 의지가 이끌어낸 판결을 기점으로, 우리 사회가 조금 더 나은 방향으로 변화할 수 있게 하는 것은 남겨진 사람들이 함께 노력해야 할 일이다. 앞으로 트랜스젠더를 포함한 성소수자의 군 복무에 대한 입법적·제도적 정비에 대한 논의가 지속적으로 이루어지기를 바란다. 나아가 사회 전반에 걸친 성소수자에 대한 차별과 혐오에 대해서도 더 많은 논의가 이어지기를 바란다.

그리고 그 변화의 길에는 더 이상 어떤 이의 희생도 없어야만 할 것이다.

판례평석 2
<p><b>성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법</b>  <b>제30조 제6항 위헌 결정</b>          - 19세 미만 아동·청소년 성폭력 피해자 진술 녹화          영상물 증거 능력에 관하여<sup>1</sup></p>
정명화

## 1. 서론

2021년 12월 23일, 헌법재판소는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것, 이하 ‘성폭력처벌법’이라 함) 제30조 제6항 중 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 함)을 위헌으로 결정하였다(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 결정, 이하 ‘대상결정’이라 함). 이로써 성폭력 피해 아동·청소년의 진술을 녹화한 영상녹화물에 대해 증거능력을 부여하는 특례조항은 2003년 이후 약 18년 만에 그 효력을 상실하게 되었다.

<sup>1</sup> 본 판례평석은 저자의 기존 토론문(정명화, 「아동·청소년 성폭력 피해자의 보호와 피고인 반대신문권 보장의 조화를 위한 대안입법 방향 - ‘바르나하우스’ 모델의 활용 및 제도 정비에 관한 제언」, 미성년 성폭력 피해자 영상녹화진술 위헌 대안 입법을 위한 긴급 토론회, 국회 여성·아동 인권 포럼, 2022. 1. 27.)을 신화, 재구성하여 작성하였음

## 2. 사실관계의 요지

### 가. 사건 개요

1) 청구인은 2010년부터 2011년 사이에 위력으로 13세 미만 미성년자인 피해자를 수차례 추행하였다는 등의 범죄사실로 대구지방법원에서 2018. 2. 2. 징역 6년 및 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간을 선고받았다(2016고합520). 한편, 청구인은 위 1심 공판에서 각 영상녹화CD에 수록된 19세 미만인 위 성폭력범죄 피해자의 진술에 관하여 증거부동의 하였다. 그러나 1심 법원은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람들의 법정진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 공소사실에 관한 증거로 채택·조사한 후, 이를 청구인에 대한 유죄 판결의 증거로 사용하였다. 다만, 그 과정에서 위 증거의 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않았다.

2) 청구인은 위 1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 대구고등법원은 2018. 9. 5. 위 1심 판결과 동일한 범죄사실에 관하여 재차 유죄판결을 선고하되, 관련 법령 개정에 따라 아동·청소년 관련기관 등에 관한 취업제한 기간을 정하기 위하여 1심 유죄 부분을 파기하고 징역 6년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간 및 위 관련기관 등 취업제한 5년을 선고하였다(2018노59). 항소심 법원 역시 1심 법원과 마찬가지로 위 각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 유죄 판결의 증거로 하였는데, 그 과정에서 피해자를 증인으로 소환하여 신문하지는 않았다.

3) 청구인은 위 항소심 판결에 불복하여 상고를 제기하였고, 위 상고심 계속 중 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제21조의3 제4항, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제30조 제6항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대법원은 2018. 11. 29. 위 상고 및 신청을 모두 기각하였고(2018도15169, 2018초기1107), 이에 청구인은 2018. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 나. 심판대상조항

이 사건 심판대상은 성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조(영상물의 촬영·보존 등) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.



### 3. 결정의 요지

#### 가. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법재판소는 심판대상조항이 신체적·정신적으로 미성숙하여 형사절차 등에서의 보호 필요성이 큰 미성년 피해자가 법정에서 반복하여 피해 경험을 진술하거나 반대신문을 받는 과정에서 입을 수 있는 심리적·정서적 고통 등과 같은 2차 피해를 방지하기 위한 것이라고 보아 입법목적의 정당성을 인정하였다. 그리고 심판대상조항이 미성년 피해자에 대한 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한 것은, 미성년 피해자의 2차 피해를 막는 데 기여할 수 있다고 평가하면서 그 수단의 적합성도 인정하였다.

#### 나. 피해의 최소성

헌법재판소는 형사절차에서 미성년 피해자 보호를 위한 규정을 마련함에 있어, 피고인에게 공격·방어 방법을 적절히 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에만 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합할 수 있을 것이라고 전제하였다. 뒤이어 헌법재판소는 자기에 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장이 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이룬다고 하면서, 심판대상조항은 아래와 같은 이유에서 피고인의 방어권을 중대하게 제한한다고 하였다.

- 1) 성폭력범죄는 은밀하게 이루어지는 범죄의 특성상 범죄를 경험하였다는 피해자의 진술이 사실상 유일하거나 가장 유력한 증거인 경우가 적지 않으므로, 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술에 대한 피고인의 반대신문권 행사를 대체하거나 이를 보완할 수 있는 방안이 충분히 보장되지 않을 경우 피고인은 핵심적인 진술증거에 대하여 제대로 탄핵할 기회를 부여받지 못할 위험에 놓이게 된다.
- 2) 심판대상조항에서 예정한 방법들은 반대신문권을 대신하여 피고인의 방어권을 적절히 보장하기 위한 수단으로는 한계를 가지는데, 그 이유로 ① 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술은, 사후적인 ‘조사과정’에서 ‘피의자, 피고인 또는 그 변호인의 참여 없이’, 수사기관 등의 질문에 대하여 미성년 피해자가 자신의 기억에 따라 답변하는 내용을 녹화한 ‘진술증거’라는 형성과정상의 한계와 ‘진술증거’가 내포하는 오류 가능성, 영상물이 가지는 기계적·시각적 재현이라는 특성이 왜곡 가능성을 은폐할 수 있다는 점 ② 미성년 피해자와 동석한 신뢰관계인 등은 탄핵 또는 검증의 대상이 되는 진술의 원진술자가 아닐 뿐 아니라 그 신뢰관계인 등이 사건을 직접 경험하거나 목격한 사람도 아니므로, 신뢰관계인 등에 대한 증인신문은 영상물의 원진술자인 미성년 피해자에 대한 반대신문을 대체하는 수단으로서 제대로 기능할 수 없다는 점을 들었다.
- 3) 미성년 피해자 보호를 위한 조화적인 대안으로 증거보전절차(형사소송법 제184조 제1항)를 통한 반복진술 방지 수단, 신상정보나 사생활 노출 위험 방지 수단(성폭력처벌법 제31조 제1항, 제2항, 제24조 등), 법정 환경 및 피고인 대면 등으로 인한 충격을 방지하기 위한 수단

(성폭력처벌법 제23조, 특정범죄신고자 등 보호법 제11조 제5항, 제6항 등), 피해자가 반대신문 과정 등에서 받을 수 있는 고통을 줄이기 위한 수단(성폭력처벌법 제34조 제1항, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제28조 제1항, 형사소송법 제163조의2 등) 등이 존재하므로, 그를 적극적으로 활용함으로써 심판대상조항의 목적을 충분히 달성할 수 있다.

다. 법익의 균형성

헌법재판소는 위와 같이 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 대안과 제도들이 다수 존재하여, 이 사건 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익이 그로 인하여 제한되는 피고인의 사익 즉 방어권보다 우월하다거나 중요하다고 쉽게 단정할 수 없어 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다고 하였다.

라. 소결

그리하여 헌법재판소는 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 하였다.

4. 대상결정의 검토

가. 심판대상조항의 연혁

2003년 구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」의 개정

을 통해 한국 형법에 성폭력 피해 아동의 진술 녹화 영상에 증거능력을 부여하는 특례 조항이 최초로 도입되었다(제21조의2 제3항).<sup>2</sup> 당시 입법자들은 성폭력피해자에 대한 수사기관의 수사 및 법원의 심리과정에서 성폭력피해자의 특성을 고려하지 아니함으로써 오히려 피해자의 인권을 침해하는 경우가 발생하고 있는 바, 이의 시정을 통하여 성폭력피해자에 대한 수사 및 재판과정에서 이들의 인권이 침해받는 일이 없도록 하기 위하여 위 법률을 발의하였다.

애초에 국회에 제출된 개정 법률안은 성폭력 피해자의 연령을 구분하지 않고 모든 피해자로부터 진술을 청취할 때 비디오테이프 등 영상물에 의하여 진술과정을 녹화하도록 하고, 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있도록 규정하고 있었다.<sup>3</sup> 하지만 국회 논의과정에서 13세 미만이거나 심신장애자인 경우에만 진술 내용과 조사과정을 촬영·보존하는 의무를 지도록 수정 입법되었는데, 그 이유로는 영상녹화물이 전문증거로서 그에 대한 증거능력의 특례는 형사소송법 원칙과 상충될 수 있다는 점, 영상녹화물의 촬영 및 보존에 예산과 인력이 매우 많이 필요하다는 점, 나이 어린 피해자 또는 심신장애인의 경우에 영상녹화의 실효성이 크다는 점 등을 들었다.<sup>4</sup>

이후 위 법률은 아래와 같이 그 적용범위를 확장하면서 존속되어 왔다.

<sup>2</sup> 법률 제6995호(2003. 12. 11. 개정, 2004. 3. 12. 시행).  
<sup>3</sup> 전재회의원 대표발의, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 중 개정 법률안, 의안번호 161560, 2002. 5. 3.  
<sup>4</sup> 법제사법위원회장대리 함승희 의원 발언, 제243회 국회본회의회의록 제18호, 국회사무처, 2003. 2-3면

- 2006년 - 영상녹화의 대상을 16세 미만으로 확대(구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제21조의3)<sup>5</sup>
- 2010년 - 구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 폐지로 인해 성폭력처벌법에 종래 영상녹화물 특례조항 신설(제26조)
- 2010년 - 청소년성보호법에 유사한 조항 신설로 인해 아동·청소년 성폭력 피해자 진술 영상녹화물에 증거능력 특례 적용(제18조의2)<sup>6</sup>
- 2012년 - 개정 성폭력처벌법상 영상녹화 대상을 19세 미만으로 상향 및 진술조력인도 영상녹화물 진정성립 인정 주체로 추가(제30조)<sup>7</sup>
- 2014년 - 아동학대처벌법이 제정되면서 성폭력처벌법을 준용하여(아동학대처벌법 제17조) 「아동복지법」 제3조 제1호에 따른 18세 미만의 학대 피해아동의 진술 역시 의무적 영상녹화의 대상이 됨<sup>8</sup>

나. 대상결정 이후 우려점 및 한계

김지은은 대상결정 이후 아동·청소년 성폭력 피해자가 재판절차에서 증인신문에 출석해야만 해당 피해자가 수사단계에서 촬영한 영상물의 진정성립이 인정된다면, 아래와 같은 문제가 발생할 수 있다고 지적한다.<sup>9</sup>

- 아동·청소년 성폭력 피해자가 피고인의 반대신문에 노출되는 과정에서 2차 피해가 발생할 수 있음.

<sup>5</sup> 법률 제8059호(2006. 10. 27. 개정)  
<sup>6</sup> 법률 제10260호(2010. 4. 15. 시행).  
<sup>7</sup> 법률 제11556호(2012. 12. 18. 개정, 2013. 6. 19. 시행).  
<sup>8</sup> 법률 제12341호(2014. 1. 28. 제정, 2014. 9. 29. 시행).  
<sup>9</sup> 김지은, 「미성년 성폭력 피해자의 특성과 위헌판결의 문제점 : 아동·청소년성폭력전담기관 실무 관점으로」, 미성년 성폭력 피해자 영상녹화진술 위한 대안 입법을 위한 긴급 토론회, 국회 여성·아동 인권 포럼, 2022. 1. 27., 제7면

- 일관된 지원자/질문자가 아동·청소년 성폭력 피해자를 맞이하지 못하여 신뢰도(라포)가 저하되고 피해자 지원체계 역시 형해화됨.
- 아동·청소년 성폭력 피해자가 여러 장소에서 서로 다른 대상에게 진술하는 과정에서 외부 자극에 의한 진술 왜곡 및 기억의 소실이 발생함.

또한 대상결정은 증거보전절차(형사소송법 제184조 제1항)를 활용할 경우 아동·청소년 피해자를 보호할 수 있을 것이라고 제안하나, 오정희는 증거보전절차를 활용한 대안입법안이 다음과 같은 한계를 지니고 있음을 지적한다.<sup>10</sup>

- 피해 정도가 중하고 쟁점이 복잡한 사건일수록 피해자 증인신문을 위한 증거보전절차를 ‘수사초기 단계’에 진행하기는 부적절하며 오히려 수사가 일단락된 후에 추가로 진행함이 타당하므로, 증거보전절차를 활용할 시 오히려 피해자의 증언 횟수는 늘어나게 될 것임.
- 피의자(피고인)들은 통상 수사 단계와 재판 단계에 질적으로 다른 전략을 구사하게 되므로, 기소 전에 증거보전절차가 광범위하게 이루어진다면 하더라도 본안 재판에서 피의자(피고인)들은 다시금 ‘증거보전 절차에서 신문하지 못한 내용이 있으니 재차 증인신문을 하게 해 달라’고 신청할 수 있고, 그에 대한 결정은 전적으로 재판부 재량에 맡겨져 있으므로 피해자가 재판절차에서 다시금 증인신문을 하는 경우가 상당할 것임.

즉, 증거보전절차를 활용한다 하더라도 아동·청소년 성폭력 피해자는

<sup>10</sup> 오정희, 「2018헌바524 위헌결정에 따른 실무상 대책」, 『영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자 진술에 관한 증거능력 긴급토론회』 자료집(법원 현대사회와 성범죄 연구회), 2022. 1. 10., 제75 내지 77면

수사/재판 단계 모두에서 증언횟수가 늘어날 수 있고 매번 다른 장소(해바라기센터, 검찰, 증거보전절차 수행 장소, 공판장)에서 새로운 대상(경찰·검사 등 수사관, 증거보전절차 주재 판사, 공판절차 주재 판사)에게 증언할 수 있다는 것이다. 그렇다면 대상결정이 제안하는 기존 제도의 활용만으로는 아동·청소년 성폭력 피해자를 충분히 보호할 수 없다고 평가할 수 있다.

#### 다. 대안입법의 방향

이에 오선희를 비롯한 많은 실무자·연구자들은 북유럽의 ‘바르나후스’ 모델을 한국적 상황에 맞게 변용하여 도입하는 대안을 제시한다. 북유럽의 바르나후스 모델(Barnahus, ‘아동의 집’이라는 뜻의 북유럽어)은 성적 또는 신체적 학대 피해를 입은 아동에게 하나의 문 원칙(One Door Principle)<sup>11</sup>에 따라 모든 필요한 서비스를 아동 친화적인 환경을 갖춘 하나의 장소에서 제공하는 것을 의미한다.<sup>11</sup> 위와 같은 기치 아래 아이슬란드는 아동학대 사안을 아래와 같은 방법으로 조사하고 있다.<sup>12</sup>

○ ‘바르나후스’라는 명칭의 아동 친화적이며 학제간 및 다기관 센터를 설치하여 다양한 전문가가 한 지붕 아래에서 성폭력 피해 아동을 조사함.

<sup>11</sup> Susanna Jihansson 외(2017). "Collaborating Against Child Abuse : Exploring the Nordic Barnahus Model", 오선희, 『아동·청소년 피해자를 위한 새로운 제도의 방향』, 『영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자 진술에 관한 증거능력 긴급토론회』 자료집(법원 현대사회와 성범죄 연구회), 2022. 1. 10., 제65 내지 66면에서 재인용

<sup>12</sup> 아이슬란드 정부(Icelandic Government Agency for Child Protection), 'Child Protection in Iceland and the role of the Government Agency for Child Protection' 및 'barnahus brochure' 참조 (원문 링크: <https://www.bvs.is/english/about-us>)

○ ‘바르나후스’의 전문 조사 면접관이 ‘바르나후스’ 내 설치된 방에서 아동에 대한 조사를 진행함.

○ 판사, 아동 보호 당국의 사회 복지사, 경찰, 검찰, 변호인, 피해 아동의 대리인 등이 다른 방에서 조사를 관찰함.

○ 조사는 영상으로 녹화되어 법적인 절차(재판 포함)에서 증거로 사용할 수 있음.

○ 조사 후 아동에 대한 건강 검진 및 아동·가족에 대한 치료 서비스를 제공함.

위와 같은 바르나후스 모델을 활용하였을 때 ○ 아동에 대한 인터뷰가 수회 계속되는 경우 가능하면 조사자를 교체하지 않도록 하는 아동 성착취와 성적 학대 방지를 위한 아동 보호에 관한 유럽의회 협약 제35조 제1항 d. 등에 부합할 뿐 아니라,<sup>13</sup> ○ 피해자와 조사자의 신뢰도(라포)형성에 기여하고 조사자가 장기적·지속적으로 피해자의 상황을 파악하여 해바라기 아동센터를 활용하여 통합적인 지원이 이뤄지며 ○ 서로 다른 장소나 조사자에 의한 외부 자극을 최소화하여 진술 왜곡 및 기억 소실을 방지할 수 있다는 장점이 있다.

그렇다면 한국에서도 위 바르나후스 모델을 활용하여 대안입법을 조속히 마련해야 하며 그 과정에서 특히 아래와 같은 기준들을 반영하여야 할 필요성이 인정된다 할 것이다.

<sup>13</sup> 김동현, 『성폭력범죄의 미성년 피해자 진술에 대한 증거능력 특례조항 위헌결정의 내용과 의미』, 『영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자 진술에 관한 증거능력 긴급토론회』 자료집(법원 현대사회와 성범죄 연구회), 2022. 1. 10., 제60면

- 피해자 조사자를 아동·청소년 성 전문가로 통일함.
- 피해자 조사 장소를 친아동적 시설로 규정함.
- 별도 관찰실 설치 등을 통해 조사 장소 내 인원을 최소화함.
- 피해자 직접 조사자 및 신뢰관계인을 제외한 나머지 관련자(판사, 경찰, 검찰, 피의자/피고인, 변호인 등)은 조사 장소 외 별도 마련된 관찰실에서 편면경/중계장치 등을 활용하여 피해자 진술 내용을 확인함.
- 단 이 경우 피고인이 피해자가 진술하는 모습을 실시간으로 확인할 수 있도록 하는 것은 보복의 우려 등이 있어 부적절할 것임.
- 신문 사항 및 방식에 관하여 사전 협의를 진행함.
- 주 신문 및 반대 신문 사항과 그 방식이 적절한지 여부에 대하여 피해자 조사 전 별도의 기구를 통한 자문을 실시함.
- 판사는 위 자문 내용에 근거하여 영상녹화 전 당사자들과 주 신문 및 반대신문 사항에 대한 사전적인 소송지휘를 실시함.

**5. 보론 - 성폭력범죄 피해자 변호사 권한 및 보상 강화**

한편 아동·청소년 성폭력 피해자의 보호를 위해서는 단순히 증인신문 자체만이 아닌 사전·사후 과정 전체에 대한 제도의 개선이 필요한 바, 아래에서는 그 중 성폭력범죄 피해자 변호사 제도에 관하여 간단히 언급하고자 한다. 현재 성폭력범죄 피해자 국선변호사 제도가 실시되고 있으나 그 운영에 있어 아래와 같은 미비함이 있다는 지적이 꾸준히 제기되고 있는데,<sup>14</sup> 이는 국선변호사가 아닌 일반 피해자 변호사의 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

<sup>14</sup> 장다혜, 「성폭력 수사 시 피해자 국선 변호사의 활용도 제고를 위한 정책 제언」, KIC ISSUE PAPER, 2015, 12. (제7호), 한국형사정책연구원

- 수사기관과 피해자의 피해자국선변호사 역할에 대한 낮은 이해로 인해 피해자 국선변호사 제도의 활용이 제대로 이루어지지 않는 경우가 발생함.
- 피해자 국선변호사의 전문성 부족, 역할과 업무범위에 대한 모호한 기준, 허술한 관리체계로 인해 고르지 못한 서비스를 제공함.
- 피해자 진술조사 시 피해자 국선변호사의 선정과 법률지원이 중요함에도 불구하고 실무상 수사초기단계 변호사 선정이 제대로 이루어지지 않음.
- 피해자 국선변호사 수의 부족과 업무의 과중으로 인해 법률지원의 질이 하락할 가능성이 있음.

또한 성폭력 피해자 변호사의 경우 공판 기일 등에 출석하여 의견을 진술할 수 있고 증거물에 대한 열람·등사권을 가지나,<sup>15</sup> 실무상 성폭력 피해자 변호사가 아래와 같은 어려움을 겪는 사례가 보고되고 있다.

- 피해자 변호사가 법정에서 발언하여도 이가 조서에 충분히 기재되지 않거나 양형이 아닌 사실관계에 대한 의견을 내는 경우 발언을 제한 받는 사례
- 피해자 변호사의 증거물에 대한 열람·등사 신청 등이 허용되지 않

**15** 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례)  
 ① 성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인(이하 "피해자등"이라 한다)은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다.  
 ② 제1항에 따른 변호사는 검사 또는 사법경찰관의 피해자등에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있다. 다만, 조사 도중에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.  
 ③ 제1항에 따른 변호사는 피의자에 대한 구속 전 피의자심문, 증거보전절차, 공판준비기일 및 공판절차에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 필요한 절차에 관한 구체적 사항은 대법원규칙으로 정한다.  
 ④ 제1항에 따른 변호사는 증거보전 후 관계 서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.

는 경우 피해자 변호사가 그 이유를 알기 어렵거나 이에 이의를 제기할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있지 않은 사례

이외에도 성폭력 피해자 변호사의 활동 현황에 대한 조사·분석을 통해 성폭력 피해자 변호사가 피해자를 충분히 지원할 수 있는 권한 및 보상(무료법률구조 사업에 따른 보수 포함)을 강화하여 나가야 할 것이다.

## 6. 결론

대상결정은 아동·청소년 성폭력 피해자의 진술 및 특성에 관한 기존 연구나 실무례 등을 충분히 감안하지 않은 채, 현행 제도만으로는 충분히 보호될 수 없는 아동·청소년 성폭력 피해자의 권리 보장을 피고인의 반대신문권이라는 법률적 권리에 비해 중요하게 보지 않았다는 점에서 아쉬움을 남겼다. 또한 청소년성보호법 등 유사한 취지의 조항을 규정하고 있는 일련의 법에도 추후 영향을 미쳐 실무에 혼란을 빚을 것으로 예상된다.

그러나 대상결정 이후 한국 사회의 아동·청소년·성폭력·법률 전문가들이 신속하게 토론회 등을 마련하여 더 나은 방향의 입법안을 고민하고 있는 바, 추후 마련될 대안입법안에서는 아동·청소년 성폭력 피해자가 수사 및 재판 전 과정에서 본인의 경험과 욕구를 반영할 수 있는 권리를 충분히 실현할 수 있도록 함께 노력해나가야 할 것이다.

## 특별기고

1. 팬데믹과 주거빈곤 | 안형진

2. 감염병 위기 상황에서의 프라이버시권 보장에 관한 연구 | 이주희, 황호준

3. 코로나19와 집회 및 시위에 관한 권리 | 김은진

## 특별기고 1

## 팬데믹과 주거빈곤

안형진 홈리스행동 상임활동가

“각국의 정부는 전세계적으로 유행하는 감염병의 상승세를 완화하고 바이러스의 전파력을 통제하기 위한 정책(‘집에 머물기’, ‘자가 격리’, ‘거리두기’, ‘손씻기’)을 시행하고 있다. 이러한 정책은 모든 사람이 적절한 위생설비를 갖춘 집이 있다고 가정하지만, 전세계적으로 8억명이 넘는 홈리스는 이 가정에 포함되지 않는다.”

– 레일리니 파르하 Leilani Farha / 前유엔주거권특별보고관

## 1. 의무와 책임의 과잉, 권리와 자원의 공백

이른바 ‘신천지 대구교회 집단감염 사태’로 전국이 들썩이던 2020년 2월 26일, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘감염병예방법’) 개정안이 국회를 통과했다. 당시 개정안을 둘러싼 가장 큰 논점은 단연 감염병 의심자에 대한 강제조치의 시행이었다. 개정안은 감염병 의심자에 대해 격리·조사·진찰·치료 또는 입원 조치를 할 수 있도록 정부와 지자체의 권한을 확대하는 한편, 해당 조치를 이행하지 않는 사람에 대한 처벌기준

을 강화하였다. 이에 따라 감염병 검사체 검사를 거부한 사람에게 ‘300만원 이하의 벌금’을 부과하는 조항이 신설되었고, 입원 또는 치료를 거부하거나 격리조치를 거부·위반한 사람에 대한 법정형이 기존 ‘300만원 이하의 벌금’에서 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’으로 상향 조정되었다.<sup>1</sup> 한편, 정부는 연일 방역수칙 준수를 강조하며 조치 위반 시 무관용 원칙에 따라 엄정처벌하겠다는 방침을 알렸다. 중앙재난안전대책본부는 2020년 3월 26일 정례브리핑을 통해 “자가격리 의무 위반 시 무관용 원칙에 따라 즉시 고발할 예정”(외국인의 경우 강제출국)임을 전했고,<sup>2</sup> 이어 4월 13일에는 “즉시 고발, 방역비용과 영업손실 등에 대한 손해배상 및 구상권 청구, 긴급재난지원금 및 생활지원비 지급 원천 배제” 등의 원칙을 발표했다.<sup>3</sup> 같은 시기 법무부는 개정 「감염병예방법」에 따라 조치 위반자를 엄정처벌하겠다는 입장을 밝혔고, 검찰 역시 “단순 위반자에 대해서도 원칙적으로 구공판할 방침”이라며 강경한 자세를 취했다.<sup>4</sup> 이렇듯 국회와 정부의 팬데믹 초기 대응은 형사사법적 제재를 동반한 엄벌주의에 방점을 두고 있었고, 전례 없는 입법과 행정의 기민함 속에 첫 코로나19 환자가 발생한 지 불과 3개월여 만에 방역에 관한 ‘의무와 책임(처벌)의 체계’가 확립되었다.<sup>5</sup>

그런데 방역조치에 대한 의무를 부과하고 위반자를 처벌하는 시스템이 빠르게 자리를 잡아간 것과는 대조적으로, 방역조치의 이행이 물리적으로 불가능한 곳에서 살아가는 사람들에 대한 사회정책의 개입과 전환은 전혀

이뤄지지 않았다. 그렇기는커녕 정부와 지자체의 팬데믹 대응은 새로이 확립된 의무와 책임의 체계를 기존 사회정책에 외삽하는 방향으로 나아갔다. 이러한 상황은 ‘시설 중심성’과 ‘집합적 서비스’를 특징으로 하는 홈리스 정책이 대상으로 삼는 사람들 곧 열악한 거처에서 살아가는 극빈층에게 특히 불리하게 작용할 수밖에 없었다.

열악한 거처 가운데 가장 먼저 문제가 불거진 곳은 ‘시설’이었다. 팬데믹 초기 복지부는 방역 강화를 이유로 복지시설 입소자의 면회·외출·외박을 제한하는 한편,<sup>6</sup> “의심환자 발생 시 대기 가능한 격리공간을 시설 내 확보”(독립된 공간 1인 1실 격리)하여 유증상자는 즉시 격리조치하라는 지침을 내렸다. 그러나 입소자의 면회·외출·외박의 제한 조치는 노숙인시설에 적을 두고 외부로 일을 다니는 입소자가 강제퇴소를 종용받는 결과로 이어졌다.<sup>7</sup> 시설 내 독립적인 격리공간 확보 역시 제대로 이뤄지지 않았다. 보건사회연구원의 실태보고에 따르면 2020년 당시 노숙인시설의 1/3(32.2%)은 감염 의심자 격리공간을 갖추지 못했고, 격리공간을 갖춘 시설들의 경우에도 평균 격리공간의 수는 1.8실에 불과했으며 격리공간을 상시 운용 중인 노숙인시설은 고작 25%뿐이었다.<sup>8</sup> 팬데믹 이전까지 대다수 노숙인시설이 집단거주 및 집합적 서비스 제공을 목표로 작동해 왔다는 점을 상기할 때, 격리공간 확보라는 방역의 기본 요건조차 갖출 수 없는 현실은 어찌 보면 당연한 것이기도 했다. 한편, 시설의 이러한 한계적 상황은 이후 ‘시설 내 간격 유지(거리두기)’, ‘이용(입소) 정원 조정’ 등 정부의 추가적인 조치들과 맞물리며 신규 입소를 제한하거나 기존 입소·이용

1 「코로나19와 범죄화: 코로나19 관련 사법처리 현황과 문제점」/ 2020년 코로나 시대의 공익인권활동, 공익소송 및 연구 지원사업 보고서, 법무법인 지평·사단법인 두루

2 보건복지부 보도자료, 2020. 3. 26.자

3 보건복지부 보도자료, 2020. 4. 13.자

4 한국경제, 2020. 4. 7.자

5 이 시기 엄벌주의 기조를 중심으로 확립된 ‘의무와 처벌의 체계’가 초래한 결과에 관해서는 전계서-「코로나19와 범죄화: 코로나19 관련 사법처리 현황과 문제점」을 참조할 것.

6 본디 복지부의 지침은 시설입소자의 면회·외출·외박을 “자제”(2020. 2. 21.)하라는 것이었지만, 얼마 지나지 않아 이는 “제한”(2020. 2. 26.)을 거쳐 “금지”(2020. 3. 13.)로 전환되었다.

7 비마이너, 2020. 3. 9.자

8 임택영 외, 「코로나19의 노숙인·쪽방주민에 대한 영향 및 정책 방안 연구」, 보건사회연구원, 2020, 292~295쪽



자에 대한 통제를 강화하는 결과로 이어지게 되었다.<sup>9</sup>

가난한 사람들이 자리하는 또 다른 거처인 쪽방과 고시원 역시 사정은 다르지 않았다. 2020년 6월 19일, 중앙재난안전대책본부와 중앙방역대책본부는 ‘쪽방촌 방역 지침’과 ‘고시원 방역 지침’을 각각 발표하였다. 주요 내용은 ‘손 씻기 및 소독하기’, ‘청결 유지’, ‘방 밖에서 최소 간격 유지’, ‘주기적 환기’, ‘이동 자제’, ‘공용공간 이용 및 공용공간에서의 비말 행위 자제’ 등으로, 대부분 일반적인 방역수칙의 범주에서 크게 벗어나지 않았다. 문제는 쪽방과 고시원 등 염가거처 거주민들은 마스크 착용 외엔 본인이 통제 가능한 감염병 예방수단이 없다는 점이다. 쪽방과 고시원 가운데 독립적인 위생·취사설비를 갖추고 있는 곳은 극히 드물고, 외창은 아예 없거나 있더라도 환기가 불가능한 구조인 경우가 많으며 복도와 주방, 화장실 등 생활 필수공간에 속하는 공용공간은 자체 노력으로 밀집도를 낮추기엔 그 면적과 폭이 지나치게 좁다. 이런 건조환경 속에서 정부의 방역수칙을 이행하는 건 구조적으로 불가능하다. 실제 서울시의 「2020년도 서울시 재난 상황에서 노숙인 등 인권상황 실태조사」 결과는 이상의 현실을 여실히 보여준다. 모든 열악 거처 유형 가운데 밀집쪽방 유형에서 ‘거리두기가 어렵다’고 응답한 비율이 가장 높았고(70.1%), 고시원을 포함한 기타 비주택 유형(65.4%)이 그 뒤를 이었다(이하 생활시설 47.0%, 이용시설 35.4%, 거리 26.6% 순). ‘밀집 장소 피하기’가 어렵다는 응답 역시 밀집쪽방(85.6%) 유형과 기타 비주택(69.5%) 유형에서 높게 나타나 다른 거처 유형(생활시설 56.8%, 이용시설 29.3%, 거리 19.7% 순)과 큰 차이를 보였다.

가장 극단적인 거처 형태인 ‘거리’는 문제의 양상이 조금 달랐다. 거리 노숙을 하는 홈리스에 대한 별도의 지침은 마련되지 않았다. 거리홈리스

는 다른 시민들과 마찬가지로 팬데믹 초기부터 마스크를 착용해야 했으며, 2020년 8월 일부 개정된 「감염병예방법」에 따른 형사적 제재(특정 공공장소에서 마스크 미착용 시 ‘10만원 이하의 과태료’ 부과)

도 동일하게 적용받았다. 동료 시민들과 다른 점이 있다면, 거리홈리스에겐 마스크를 벗을 공간이 결여돼 있다는 사실뿐이었다(그림 1). 이는 부분적으로 다른 거처를 얻기 위한 길이 좁아진 결과이기도 했다. 노숙인시설의 방역 관리가 강화되며 신규 입소가 어려워졌고, 염가거처의 임대료를 한시적으로 지원하는 ‘노숙인 등 임시주거비 지원사업’은 팬데믹 이전과 비교해 조금도 확대되지 않았다. 행정에 의해 집계된 거리홈리스의 수는 2018년 895명에서 2020년 1,241명으로 증가했지만,<sup>10</sup> 임시주거비 지원사업의 지원 규모는 오히려 감소하였다(표 1).

그러나 무엇보다 팬데믹 이후 거리홈리스의 삶이 더욱 지독한 한계상황으로 내몰았던 건 급식지원과 의료지원의 중단이었다. 팬데믹에 따른 강화된 방역조치로 인해 많은 민간급식소들이 연이어 문을 닫았지만,<sup>11</sup> 양적·질적으로 불충분한 집단급식 일련의 공공급식소로는 급증한 급식수요를 감당할 수 없었다. 사태가 심각해지자 복지부는 노숙인 등 급식지원이 지자체 이양사업이라는 점을 들며 직접지원이 아닌 민간 후원을 연계



〈그림 1〉 장시간 마스크 착용에 따른 통증을 완화하기 위해 끈 안쪽으로 휴지를 덧댄 서울역 거리홈리스 (촬영 일자=2021. 8. 20.)

10 보건복지부, 「노숙인 등의 복지사업 안내」, 2022

11 2020년말, 국회의원 강선우(더불어민주당)가 전국노숙인시설협회에 요청한 ‘노숙인 무료급식소 운영실태’ 결과에 따르면, 2020년 3월 이후 전국 12곳의 공공 연계 급식소 중 절반 이상에서 하루 평균 급식 인원이 늘어났고 많게는 이전 대비 27배 폭증한 곳까지 있는 것으로 나타났다. 강선우 의원실 보도자료, 2020. 10. 3.자

9 김준희 외, 「2020년도 서울시 재난 상황에서 노숙인 등 인권상황 실태조사」, 서울특별시, 2020.136쪽

[표 1] 노숙인 등 임시주거비 지원사업 지원자 수 (2018~2021.11.)

단위 : 명

지역	2018년	2019년	2020년	2021년 11월
서울	862	880	740	516
부산	86	59	78	63
대구	19	24	29	19
광주	-	-	-	2
인천	30	87	84	89
대전	38	39	40	26
경기 수원	75	105	113	95
경기 성남	71	61	17	35
충남 천안	6	7	7	5
계	1187	1262	1108	850

자료: 보건복지부 자립지원과, 2021.12.17., 이은주의원실 요구자료, 재구성

[표 2] 전국 노숙인진료시설 현황 (2021. 12. 기준. \*보건(지)소 213개소 제외)

단위 : 개소

구분	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	세종	경기	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주	계
의원	3	8											1					12
병원 (정신병원 포함)	4	2			1	1		1					2		1	1	1	14
종합병원	6	1	2	2		1			3	6	2	3	2	2	3	1		34
요양병원									1				1					3
보건의료원									1			2	4	3	2	1		13
계	13	11	2	2	0	2	1	0	6	6	2	6	10	5	6	3	1	76

자료: 보건복지부, '2022년 노숙인복지사업 안내'

하겠다는 방침을 밝혔지만,<sup>12</sup> 이미 기존의 민간 후원조차 중단되고 있는 마당에 새로이 민간 후원을 연계하겠다는 이 같은 방침이 실효를 거둘 리 만무했다. 팬데믹을 계기로 열악한 공적 지원체계의 민낯이 드러나게 된 건 의료지원 역시 마찬가지다. 현행 법령상「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」(이하 '노숙인복지법')에 따른 '노숙인 등'은 노숙인진료시설로 지정된 특정 의료기관만을 이용할 수 있다.<sup>13</sup> 그런데 병원급 이상 노숙인진료시설(전국 64곳)의 절대다수를 차지하는 국공립병원들이 팬데믹 시기 감염병 전담병원으로 전환하면서, '노숙인 등'이 진료를 받을 길이 막히는 소위 '의료공백' 상황이 발생했다. 심지어 서울의 한 병원급 이상 노숙인진료시설에서는 원내 모든 병상이 감염병 전담 병상으로 전환되는 바람에 수술 후 추가 치료를 받기 위해 내원한 거리홈리스 환자가 입원 4일 만에 아무 대책 없이 거리로 내몰린 사례가 확인되기도 하였다.<sup>14</sup>

## 2. 집단감염 그리고 '의무와 책임'의 개인화

팬데믹이 장기화 국면으로 접어들면서, 열악한 거처와 집합적 형태의 복지가 감염병의 숙주로 작용한다는 사실이 점차 드러나기 시작했다. 2021년 1월, 서울역 인근 노숙인시설(노숙인 응급잠자리) 이용자들이 코로나19에 집단 감염되는 일이 벌어졌다. 사실 이는 예견된 사태이기도 했다.

<sup>12</sup> 서울신문, 2020. 9. 28.자

<sup>13</sup> 정확히 말하자면, 「의료급여법」 시행규칙 제3조 제2항과 「노숙인복지법」 제12조에 따라 노숙인 1종 의료급여 수급권자는 노숙인진료시설로 지정된 특정 의료기관에서만 의료급여를 신청할 수 있다. 이때 진료시설의 지정 주체는 지자체이다. 「노숙인복지법」 시행규칙 제5조에서 진료시설 지정 시 해당 의료기관과 사전 협의를 거치도록 하고 있어 실제 진료시설로 지정된 곳들은 매우 적으며, 대부분 보건소와 국공립병원으로 구성돼 있다. 이에 2021년 11월 국가인권위원회는 제한된 의료기관만을 이용하도록 하는 차별적 조건이 재난상황에서 노숙인 등의 의료접근권을 위협하는 결과를 초래하였다고 지적하면서, 법개정을 통해 노숙인진료시설 지정제도를 전향적으로 폐지하라고 권고한 바 있다.

<sup>14</sup> 경향신문, 2020. 12. 3.자

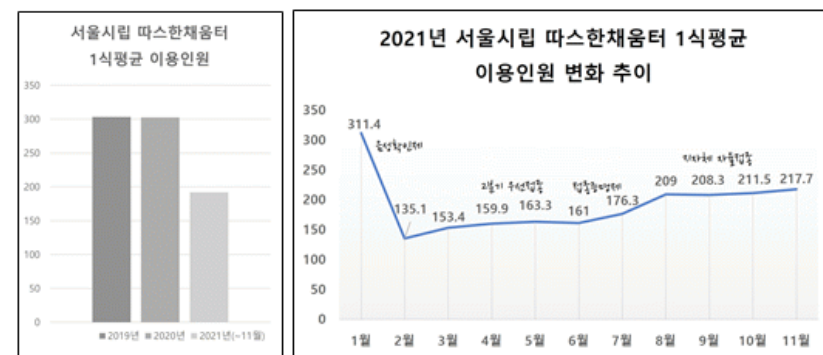
2020년 12월, 서울시는 ‘노숙인·쪽방주민 겨울철 특별보호대책’을 발표하면서 사회적 거리두기를 전제로 ‘노숙인 응급잠자리’를 운영할 계획임을 전했다.<sup>15</sup> 홈리스행동을 비롯한 반(反)빈곤 사회단체들은 확진자가 늘어나는 시기에 감염에 취약한 집단밀집시설을 운영하는 건 위기를 심화할 뿐이라 지적하면서, 독립적인 위생설비를 갖춘 개별 주거를 지원하는 방향으로 보호대책을 다시 수립할 것을 요구하였다. 하지만 서울역 인근에 위치한 응급잠자리에서 첫 확진자가 발생했을 때조차 서울시는 응급잠자리 운용에 아무런 문제가 없음을 알리는 정책홍보에 열을 올리고 있었다. 그러는 사이 집단감염은 빠르게 확산하였고, 최종적으로 100여명의 확진자와 200명이 넘는 밀접접촉자가 발생했다.<sup>16</sup> 첫 확진자가 철저한 방역수칙을 요구받는 종사자였다는 점, 각 곳의 응급잠자리를 중추로 전파가 이뤄진 점 등을 고려할 때, 집단거주 형태의 주거환경이 집단감염을 불러온 원인임은 자명했다.

결과적으로 서울역 집단감염 사태는 의무와 책임(처벌)의 체계를 강화하는 분기점을 형성했다.

먼저, 주거 불안정 상태를 범죄화(criminalization of homelessness)하는 조치들이 공공장소를 중심으로 확대되었다.<sup>17</sup> 서울역을 비롯한 인근의 공공역사에서는 「철도안전법」 제48조를 명분으로 ‘노숙인처럼 보이는 사람들’을 표적 삼는 주기적인 강제퇴거 및 물품압수 조치가 집중하였고, 홈리스

스가 밀집하여 지내던 장소들이 예고 없이 폐쇄되는 일이 잦아졌다. 다른 한편, 열악한 거처에 머무는 사람들은 방역의 의무와 책임을 더욱 개인화된 방식으로 떠안게 되었다. 집단감염 사태가 한창이던 2021년 1월 30일, 서울시는 관내 노숙인 등 지원기관 이용·출입 시 7일 이내의 PCR 음성확인서를 지참하도록 의무화하였다.<sup>18</sup> 「노숙인복지법」이 정하는 복지지원(주거지원, 고용지원, 의료지원, 급식지원 등) 가운데 노숙인시설을 경유하지 않고 이용할 수 있는 지원이 없다는 점에서, 오늘날 ‘음성확인제’에 준하는 서울시의 이 같은 조치는 실상 주기적인 PCR 검사를 받지 못한 사람들의 복지서비스 이용자격을 제한하는 것이었다. 7일 이내의 PCR 음성확인서를 지참하지 못할 경우, 급식 이용과 병원 치료는 물론 간단한 상담이나 세탁 등 단순 서비스조차 이용할 수 없었다. 한편으로 이는 복지서비스 접근성을 크게 낮추는 결과를 초래하였는데, 조치 시행을 전후로 한 서울역 무료급식장(서울시립 따스한채움터)의 이용자 수의 변화가 그 단적인 예이다(그림 2).

15 노숙인 응급잠자리는 매년 혹한기마다 거리홈리스 대책의 일환으로 서울시가 한시 운영하는 곳으로, 적게는 십여 명에서 많게는 수십 명에 이르는 사람들이 수면공간과 위생공간을 공유하는 이른바 집단밀집시설이다.  
16 서울시 복지정책실 주요업무보고, 2021. 2. 26.자  
17 주거불안정 상태의 범죄화(criminalization of homelessness)란 주거권 침해 상황에 처한 사람들이 생계를 위해 취하는 활동들(구걸, 노숙, 공공장소에 머물기, 공공시설물 접근 등)을 불법으로 규정하거나 처벌의 대상으로 삼는 공식적·비공식적 조치들과 정책들을 일컫는 개념이다. 국내에서는 비교적 생소한 개념이나, 80년대 말 90년대 초 홈리스의 급증과 그에 따른 지방정부들의 엄벌주의적 대처를 이미 경험한 바 있는 미국과 유럽 등지에서는 이미 이론적·실정적(positive)으로 자리를 잡은 개념이기도 하다.



(그림 2) 서울역 무료급식장의 이용인원 변화 추이 (\*자료원=서울시립 따스한채움터 홈페이지)

18 해당 조치는 1년이 지난 현재까지도 계속 유지되고 있다.



〈그림 3〉 서울역 거리홍리스가 수개월 동안 모아 둔 'PCR 음성확인서.' (촬영 일자=2021. 10. 7.)

이처럼 정책실패의 책임이 개인들에게 전가되면서 '의무·책임'과 '권리·지원' 간의 불균형은 더욱 커질 수밖에 없었다. 이는 결국 더욱 심각하고 광범한 규모의 사태로 귀결되었다. 2021년 11월, 거리와 시설, 쪽방, 고시원 등 열악한 거처에서 동시다발적인 집단감염이 발생하였다. 1월 서울역 집단감염 상황과 비교할 때, 그 규모가 훨씬 크고 발생 지역과 거처 유형이 한정되지 않는 특징을 보였다. 그러나 무엇보다 심각

했던 것은, 확진자와 밀접접촉자들이 적절한 격리공간 혹은 치료기관으로 이송되지 못한 채 열악한 주거환경에 그대로 방치됐다는 점이다. 당시 정부 지침에 따르면,<sup>19</sup> “고시원, 쉼어하우스, 노숙인 등”을 비롯해 “필수 공간(화장실·주방 등) 분리가 어려운” 감염에 취약한 주거환경에 놓인 확진자들은 생활치료센터 우선 입소 대상이었지만, 현실은 달랐다. 거리홍리스는 그대로 거리에 방치되거나 컨테이너에 임시 격리된 채 입원·입소 여력이 생길 때까지 기다려야 했고,<sup>20</sup> 한 노숙인시설에서는 외부 격리시설(생활치료센터, 임시생활시설) 확보가 어렵다는 이



〈그림 4〉 서울시 모 자치구 보건소 입구에 붙여진 공지문 (촬영 일자=2022. 4. 4.)

<sup>19</sup> 보건복지부 보도자료, 2021. 10. 29.자

<sup>20</sup> 중앙일보, 2021. 12. 8.자



〈그림 5〉 텐트 생활자에게 주소지 등록이 되어 있지 않아 공공임대주택 신청을 할 수 없다고 전하는 구청 관계자의 모습 (출처=서울경기케이블TV 2022년 4월 21일자 방송 화면 캡처)

유로 확진자와 비확진자를 해당 시설 내에 집단격리하는 사건이 발생했다.<sup>21</sup> 쪽방과 고시원에서는 확진자들이 독립적인 위생·취사설비를 갖추지 못한 좁은 방에서 수일을 대기하다 자신의 방에서 격리해제 통지를 받는 황당한 일까지 벌어졌다. 방역 당국의 이 같은 늦장 대처는 열악한 거처 내 확진자 및 감염의심자에 대한 낙인과 혐오로 이어졌다. 일부 쪽방 지역에선 열, 기침 등 유사증상을 보인다는 이유로 임대인이 임차인을 퇴거시키거나 방을 임의로 폐쇄하는 일들이 반복적으로 발생했고, 화장실과 샤워실 등 공용공간 사용을 두고 같은 건물 내 확진자와 비확진자 간 갈등이 가시화하기도 하였다. 방역에 관한 모든 의무와 책임은 열악한 거처에서 살아가는 개인들의 몫으로 남았다. 사회운동단체들은 한데 모여 열악한 거처 내 모든 이들이 감염병 치료와 예방에 적합한 환경을 보장받을 수 있도록 행정이 나서야 한다고 주장했지만, 방역의 의무를 부과하고 위반자에 대한 엄벌주의를 천명했던 행정은 정작 방역의 조건을 보장하라는 요구 앞에선 자취를 감추어 버렸다.

<sup>21</sup> 국제신문, 2021. 12. 27.자

### 3. 결산되지 못한 모순

최근 엔데믹(감염병의 풍토병화) 전환에 관한 논의가 한창인 가운데 장기간 유지돼 왔던 여러 방역조치들 역시 변화의 조짐을 보이고 있다. 하나의 사회적 규범으로 자리 잡은 거리두기 조치는 해제를 앞두고 있고, 마스크 의무착용을 비롯한 방역수칙의 조정 작업도 활발하게 이뤄지는 중이다. 하지만 팬데믹 시기 동안 열악한 거처에서 살아가는 사람들을 모순적인 상황에 처하도록 만들었던 구조를 바로잡으려는 노력은 거의 찾아볼 수 없다. 팬데믹이라는 우연한 계기를 통해 잠시간 이목을 끌었던 ‘주거권’ 이슈는 그렇게 다시금 무대의 뒤편으로 사라지고 있다.

#### 특별기고 2

## 감염병 위기 상황에서의 프라이버시권 보장에 관한 연구

: 코로나19 상황에서 발생한 국가에 의한 프라이버시 제약에 대한 국제인권법적 평가와 제언

이주희, 황호준

### 1. 연구의 목적 및 연구 방법<sup>1</sup>

2019. 12. 최초로 발병한 코로나바이러스 감염증은 지역과 인종을 불문하고 지구 전역에 확산하여 인류는 전대미문의 감염증 위기를 겪고 있다. 2022. 3. 30. 현재까지 4억7,118만 명의 인류가 감염되었고 약 6백만 명이 사망하였으며 지금도 한 주에 약 1,260만 명(WHO기준)의 추가 감염이 확인되고 있다.<sup>2</sup> 한국에서는 2020. 1. 20. 첫 확진자가 발생한 후 종교관련 시설 및 요양병원·요양시설, 직장, 가족·지인모임, 의료기관, 체육·여가시설, 교육시설, 교정시설·군부대, 일반음식점·카페, 기타 다중이용 시설 등에서 집단감염이 다수 발생하였다.<sup>3</sup> 2022. 들어서는 높은 전파력

<sup>1</sup> 이 글은 민변 디지털정보위원회(서재완, 이주희, 황호준)에서 재단법인 숲과 나눔의 지원을 받아 수행한 동일한 제목의 연구(『감염병 위기 상황에서의 프라이버시권 보장에 관한 연구 : 코로나19 상황에서 발생한 국가에 의한 프라이버시 제약에 대한 국제인권법적 평가와 제언』, 2021., 『특정주제연구보고서』)의 내용을 요약 정리한 것이다.

<sup>2</sup> 질병관리청, 『코로나19 주간 신규발생 13.2% 감소』, 2022. 3. 28. 보도자료(정례브리핑) ; 코로나바이러스 감염증-19(COVID-19) 누리집, 『국외발생현황』 참조 [http://ncov.mohw.go.kr/bdBoardList\\_Real.do?brld=1&brdGubun=14&ncvContSeq=&contSeq=&board\\_id=&gubun=](http://ncov.mohw.go.kr/bdBoardList_Real.do?brld=1&brdGubun=14&ncvContSeq=&contSeq=&board_id=&gubun=)

<sup>3</sup> 중앙방역대책본부 정보분석팀, 『코로나19 1년 발생보고서』 코로나바이러스감염증-19 1년 발생보고서

을 가진 오미크론 변이가 확산하여 전 세계적으로 우세종화 되면서 한국에서도 일일 10만 명, 20만 명대를 넘어 3월 4주차 일평균 32만 명 정도로 대유행이 지속되고 있다.<sup>4</sup>

이렇듯 한국을 비롯한 전 세계는 지난 2년 간 코로나19의 확산으로 인하여 정치, 경제, 사회, 기타 생활 전반에서 전례 없는 위기를 겪고 있는데, 특히 코로나19를 방지한다는 명목으로 도입된 각국의 봉쇄, 차별 등 강경한 강제적 조치는 인권보호체제에도 전례 없는 우려를 불러왔다.<sup>5</sup> 한국의 경우 코로나19 초기 확산 과정에서 적극적인 정보공개와 감염병 위험수준에 따른 방역지침 수립과 더불어 시민들의 적극적 협조로 방역에서 비교적 성공하였다는 평가를 받았고 정부는 이를 이른바 'K-방역모델'로 부르며 국제표준화를 추진하기도 하였다.<sup>6</sup> 그러나 'K-방역모델'이 이동 제한, 봉쇄조치 없이도 코로나19 확산을 차단하였다며 우수성을 강조하는 시각도 분명 존재하지만, 인권이 방역에 비해 지속적으로 비교하위에 놓이거나, 인권에 대한 섬세한 접근 없이 공권력을 획일적으로 행사하여 시민들의 인권을 다수 침해하였다는 평가도 존재한다. 국외에서는 국제기구 및 단체들이 코로나19 상황에서 국가가 인권을 중심에 둘 것을 지속적으로 강조<sup>7</sup>해온 가운데, 우리 시민사회단체들을 중심으로 인권의 관점에서 정부의 방역조치에 대하여 다양하고도 지속적으로 문제제기가 있었

다.<sup>8</sup> 그중에서도 적극적 동선 공개와 새로운 기술에 의한 개인정보 및 생활의 제약, 즉 방역조치로 인한 '프라이버시권 제약'의 문제가 코로나19 확산 초기 시기부터 지속적으로 논란이 되었는데,<sup>9</sup> 이는 'K-방역 모델'이 민감한 개인정보를 수집·처리하는 것을 전제로 하였고 코로나19 방역을 명목으로 정부가 새로운 기술 등을 무비판적으로 적극 수용하는 방역정책 기조를 가졌기 때문이다. 논란이 가장 컸던 확진자 동선공개는 일부 입법적·행정적 개선이 이루어졌지만, 안심밴드의 도입, 전자출입명부의 의무화, 기지국 정보 수집 및 처리행위, 역학조사지원시스템의 도입 등 프라이버시권을 제약하는 대부분의 방역조치에 대해서는 오랜 기간 동안 입법적·행정적 개선이 없었다.

이에 프라이버시권을 제약하는 정부 방역조치들을 규범적으로 검토하고 반복될 수 있는 감염병 위기 상황에서 프라이버시권을 보장하기 위하여 필요한 기준과 입법적·행정적 과제들을 제언하고자 한다.<sup>10 11</sup> 특히 국제인권법상 3원적 의무론에 기반하여 프라이버시권이 가지는 '적극적 권리'로서의 성격을 주목하고 이를 방역조치의 '심사기준'으로 삼을 것을 제안한다. 또한 국제인권법의 법적구속력을 명확히 하고, 그로부터 도출된 세부 기준에 따라 대표적인 코로나19 국내 방역조치 7개를 선정하여 이를

(2021.1.19. 기준), 「주간건강과질병」 제14권 제9호, 2021 2, 25., 483-486쪽 참조

4 질병관리청, 「코로나19 주간 신규발생 13.2% 감소」, 2022. 3. 28. 보도자료(청례브리핑) : 다만 2월 중순을 기점으로 확진자 증가율이 점차 감소추세로 돌아선 것으로 보인다.

5 Human Rights Watch, 「Human Rights Dimensions of COVID-19 Response」, 2020, 3., 22쪽, [https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting\\_resources/202003covid\\_report\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/202003covid_report_0.pdf)

6 산업통상자원부 보도자료, 「K-방역모델을 세계의 표준으로 만들 길잡이 나왔다. -K-방역 3T (Test+Trace+Treat) 국제표준화추진전략(로드맵) 발표-」, 2020. 6. 11.

7 가령 유엔인권최고대표소는 인권중심적 접근을 강조하고 있다.(UN OHCHR, We are all in this together: UNSG delivers policy brief on COVID-19 and human rights. 2020. 4. 23.)

8 가령 21개의 인권단체로 구성된 코로나19 인권대응네트워크는 「코로나19와 인권 - 인간의 존엄과 평등을 위한 사회적 가이드라인」, 2020. 6. 23.에서 격리의 문제, 정보인권, 집회의 권리, 주거의 권리, 노동의 권리, 사회보장의 권리 침해의 문제, 사회적약자 및 소수자들의 권리 침해 문제 등을 지적하며, 인권보장을 위한 권고 등을 담은 가이드라인을 제시하기도 했다.

9 국회입법조사처, 「코로나19(COVID-19) 대응 종합보고서」, 국회입법조사처 보고서, 2020. 4., 81쪽

10 「감염병 위기 상황에서의 프라이버시권 보장에 관한 연구 : 코로나19 상황에서 발생한 국가에 의한 프라이버시 제약에 대한 국제인권법적 평가와 제언」, 2021., 재단법인 숲과나무 특정주제연구보고서

11 이 연구 과정에서 연구진을 중심으로 민변 인권의 인권단체 회원들과 함께 민변 공익변론센터 내에 '코로나19와인권 연구모임'을 결성하였다. 또한 문헌 연구를 넘어 공중보건종사자, 인권활동가, 법률활동가 등이 참여하는 전문 포럼을 개최하여 다양한 분야에서 다루는 감염병 관리와 인권의 관계에 대한 상호이해를 증진하였고, 그 외에도 한국인권보고대회 발표, 기지국 위치정보 헌법소원심판청구 관련 논의, 각종 토론 회 및 포럼 참가 등 다양한 방식으로 연구의 질을 높이고자 하였다.

규범적으로 평가하면서, 프라이버시권을 제약하는 코로나19 국내 방역조치의 법적 근거들을 분석, 입법적 개선방향 및 개선과제를 종합적으로 제안한다.

## 2. 감염병 위기, 프라이버시권 제약에 있어 준수되어야 할 국제인권법과 기본원칙

### 가. 감염병의 위기와 국제인권법의 적용

국제인권규범(International Human Rights Norms and Standards)은 현존하는 국제인권규약이나 국제관습법에 대한 해석의 범위를 넘어서, 국제적으로 보호되는 인권, 인권보호에 관한 원칙과 제도, 인권정책 형성과정 전체를 포괄하는 체제를 의미한다.<sup>12</sup> 유엔 헌장<sup>13</sup>(Charter of the United Nations, 1945) 전문 및 제1조 제3항,<sup>14</sup> 세계인권선언<sup>15</sup> 등 유엔규범을 중심으로 한 국제인권법, 그중에서도 핵심적 문서인 ‘국제인권조약’<sup>16</sup>은 평시, 전시, 또는 다른 사회 혼란기인지를 불문하고 모든 시기에 모든 사람을 차별 없이 다루는 법적 구속력 있는 문서로서, 협약의 형태로 각 국가의 국내법에 직접적·간접적으로 적용되거나, 각 국가의 헌법, 법률, 관습법 등으로 구체화되는 등의 방식으로 국내법적 효력을 가진다.<sup>17</sup> 대한

민국에서도 국제인권조약<sup>18</sup>은 국제평화와 국제민주주의에 대한 열의를 가지고 국제법을 존중하라는 ‘국제법 존중주의’를 선명(宣明)하는<sup>19</sup> 헌법 전문과 제6조에 따라 국내법적 효력을 가지고, 헌법재판소와 대법원 또한 국제조약들이 별도의 입법 조치 없이도 국내적으로 직접 적용될 수 있다는 입장을 확립하고 있다.<sup>20</sup>

한편, ‘인권’의 이해에 있어 과거 국제사회의 주류적 접근법은 ‘인권의 구분론’이었다. 개별 인권을 ‘소극적 권리’와 ‘적극적 권리’로 나누고, 통상 시민적·정치적 권리(이하 ‘자유권’)를 국가로부터 간섭을 받지 말아야 할 ‘소극적 권리’로, 사회적·경제적·문화적 권리(이하 ‘사회권’)를 국가가 재정을 투입하는 등 국가가 정책적으로 실현해야 할 ‘적극적 권리’로만 이해하였다.<sup>21</sup> 그러나 이 경우 자유권이 가지는 적극적 권리로서의 성격이 외면되거나(가령, 집회의 자유 보장에 있어 국가에 의한 간섭에 대해서는 엄격한 사법적 심사가 이루어지는 반면, 국가가 적극적으로 집회의 자유를 보장하지 않는 문제는 도외시), 사회권이 적극적인 권리로서만 이해되기 때문에 경제적 요건의 고려를 이유로 보호받지 못하는 문제가 발생한다(가령, 특정 집단을 기초생활보장급여에서 배제하는 문제는 결국 국가가 권리에 간섭하는 소극적 권리 침해의 문제가 될 수 있는데, 이를 단순히 재정의 투여가

가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람』, United Nations Publications, 국제인권법연구회 옮김, 2003, 9쪽  
**18** 「국제인권규범」, 외교부 홈페이지, [https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m\\_3996/contents.do](https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do) (2020. 7. 14. 접속)  
**19** 유진오, 「(신고)헌법해의」, 탐구당, 1953, 53-54쪽 참조  
**20** 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결; 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정 등 참조. 관련하여 대법원 전원합의체는 양심적 병역거부에 관한 사안에서 다수 보충의견을 통해 “법원은 헌법상 기본권을 해석할 때는 물론 법률을 해석할 때도 규약에 부합하도록 노력하여야 한다. 국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무이다.”라고 판시하며 국제인권규범이 법률 그 이상의 효력을 가질 수 있다는 점을 시사하였다.(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 제2다수보충의견)  
**21** 한상희, “사회권과 사법심사: 여전히 ‘생성중인 권리’의 복권을 위하여”, 공법연구, 제39집 제1호, 2010, 93-133면 참고

**12** 오병선 박종보 김비환 홍성필 박경서, 『인권의 해설』, 국가인권위원회, 2011  
**13** UN, 「Charter of the United Nations」, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.  
**14** “To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and”(「Charter of the United Nations」, Article 1-3)  
**15** UN General Assembly, 「Universal Declaration of Human Rights」, 1948, 217 A (III)  
**16** 사법정책연구원, 「법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제」, 사법정책연구원 연구총서, 2020, 13쪽  
**17** Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights(OHCHR), 「국제인권법과 사법 법률

필요한 정책의 문제로만 치부).

이에 따라 오늘날 국제사회는 구분론을 극복하고 모든 인권을 통합적으로 이해(integrated approach)하면서<sup>22</sup> 인권의 동가치성에 따르는 ‘3원적 의무론’을 공식적으로 채택하고 있다.<sup>23</sup> 자유권과 사회권을 각각 소극적 권리와 적극적 권리로 구획하지 않고,<sup>24</sup> 국가가 부담하는 법적 의무를 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfill)이라는 3가지 유형으로 구분한다.<sup>25</sup> 3원적 의무론에 따를 때 국제인권법상 인권은 모두 법적구속력을 가진 권리로서 모두가 적극적인 권리이자 소극적 권리로서의 성격을 동시에 갖는다.<sup>26</sup>

(1) 존중의무(duty to respect) : 국가가 인권의 향유를 박탈하거나 간섭하지 아니할 의무

- 자유권 : 그 권리에 대한 간섭 또는 박탈하는 경우(예: 집회의 금지)
- 사회권 : 서비스 또는 자원의 향유를 방해하는 경우(예: 의료시설에 대한 접근 금지)

(2) 보호의무(duty to protect) : 국가가 제3자로부터 발생하는 폭력, 인권 침해로부터 개인을 보호해야 할 의무

22 V. Mantouvalou, "In support of Legalisation", in: Debating Social Rights, 2011, 88쪽; 관련하여 보다 상세한 내용은 서재완, "코로나19 상황에서 필요한 '통합적 인권의 이해와 법 정책적 과제', 공익과 인권 통권 제21호, 2021 참조

23 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), 12 May 1999; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant), 8 December 1999, E/C.12/1999/10; OHCHR Inter-Parliamentary Union (IPU), Human Rights: Handbook for Parliamentarians, Inter-Parliamentary Union (IPU), 2016, 31-34쪽 등 참조

24 Asbjørn Eide, Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach, 『Human Rights Law Journal』, vol.10, No.1-2, 1989, 1-2쪽, 36-51쪽

25 최규환, "사회적 기본권의 사법심사가능성", 고려대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2014, 51쪽

26 참고로 위와 같은 입장에서, 유엔인권최고대표사무소는 모든 인권이 '국가로부터의 자유(freedom from the State)와 국가를 통한 자유(freedom through the State)의 성격을 가지고 있다고 설명하기도 하고 있다(Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights(OHCHR), 『Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights』, OHCHR Fact Sheets No. 33., 2면 참조)

(3) 충족의무(duty to fulfill) : 국가가 개인이 인권 향유의 기회를 가질 수 있도록 필요한 조치를 취할 의무

반면 한국에서는 여전히 이원적 체계에 따라 자유권적 기본권을 소극적 권리로서 이해하고 그 제한을 과잉금지원칙 등 엄격한 심사기준을 통해 보호하는 반면, 그 외의 기본권은 적극적 권리로 보아 입법재량의 일탈 여부 또는 최소보장의 원칙 등 완화된 심사기준으로 심사하며,<sup>27</sup> 적극적 권리 보장을 위해 기본권의 보호의무를 인정하고 있지만 심사에는 과소보호 원칙을 적용하고 있어 완화되고 형식적인 심사가 이루어지고 있다.<sup>28</sup> 이는 결국 인권을 실현, 충족해야 할 국가의 법적 의무를 협소하게 이해하는 것으로서 인권에 대한 국가의 적극적 보호 그 자체를 약화시키는 결과를 초래한다.

국제인권법이 헌법적 차원의 규범으로서 국내법적 효력을 가진다면, 국제인권법상 통합적 인권의 이해 역시 국내법체계에 적극적으로 수용될 필요가 있다. 나아가 국제인권기구들이 코로나19 상황에서도 인권에 중점을 둔 접근을 촉구하며 국가에 대해 국제인권법을 준수할 것을 권고하고 있는 상황<sup>29</sup>에서 국제인권 기본원칙은 국내 코로나19 대응조치를 포함한 국내 감염병 위기 대응에 있어 준수되어야 할 인권의 원칙이자 국가의 다원적 의무를 도출하는 근거 규범이 될 수 있다.

27 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정; 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마390 결정; 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌마133 결정 등 참조

28 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마81 결정 참조

29 UN Secretary General, 『We are all in this together: UNSG delivers policy brief on COVID-19 and human rights』, 2020. 4. 23., 2쪽 등 참조



## 나. 프라이버시권 제약에 있어 준수되어야 할 기본원칙

일반적으로 프라이버시권<sup>30</sup>은 사생활, 가족, 가정 또는 통신 및 다른 의사소통에 대한 자의적(arbitrary)이거나 불법적(unlawful)인 간섭을 받지 않을 권리이자, 간섭에 대해 보호를 요구할 수 있는 권리라는 의미가 있고,<sup>31</sup> 국제인권법은 ‘프라이버시’가 “개인이 자신의 자율적 발달의 영역, 상호작용과 자유를 가짐과 동시에, 타인과의 상호작용 유무와 관계없이 국가의 간섭이나 제3자의 과도한 무단 개입으로부터 자유로운 ‘사적 영역’을 가진다는 가정”을 고려하는 개념이라고 정의한다.<sup>32</sup> 특히 오늘날의 디지털환경에서는 개인의 일생 또는 개인으로부터 도출되거나 존재하는 개인정보, 해당 정보에 기초한 결정을 의미하는 ‘정보 프라이버시’가 특별히 주요한 의미를 가진다.<sup>33</sup> 메타데이터를 포함한 통신 및 대화에 대한 접근, 공공장소에서 이루어지는 정보 등의 수집, 알고리즘과 사람에 의한 개인정보의 이용, 개인의 정체성, 가족 및 일생에 관한 단순한 데이터의 생성 및 수집 등<sup>34</sup>이 정보 프라이버시의 보호 범주로 제시된다.

30 자세한 논의는 이권일, “헌법상 보호되는 프라이버시 개념의 변화에 관한 소고—독일 연방헌법재판소 판례 분석을 중심으로—”, 『세계헌법연구』 제25권 제1호, 2019, 143-174쪽; Human Rights Council & UN General Assembly, 「Report of the Special Rapporteur on the right to privacy」, A/HRC/31/64, 2016, 8-14쪽 참조

31 Human Rights Council, 「The right to privacy in the digital age: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights」, 3 August 2018, A/HRC/39/29, para. 23.

32 「Human Rights Law and Practice」, London, Butterworth, 2004, para. 4,82; Human Rights Council & UN General Assembly, 「Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin」, A/HRC/13/37, para. 11, 등 참조

33 Human Rights Council, 「The right to privacy in the digital age: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights」, 3 August 2018, A/HRC/39/29, para. 5.

34 European Court of Human Rights, Weber and Saravia v. Germany, para. 78; European Court of Human Rights, Malone v. UK, para. 64; Human Rights Council, 「The right to privacy in the digital age: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights」, 30 June 2014, A/HRC/27/37, para. 20 등 참조

국제인권법을 관장하는 유엔 총회와 유엔 인권이사회 등은<sup>35</sup> 국가가 주도하는 감시 등 프라이버시권에 대한 국가의 간섭을 엄격하게 금지하고, 국가와 사인에 의해 발생할 수 있는 프라이버시권 침해를 예방할 수 있는 구체적인 입법적·행정적 규제와 함께 프라이버시권을 침해당한 피해자의 실효성 있는 구제 권리를 제도적으로 구축할 것을 지속적으로 요구하고 있어, 프라이버시권에 대한 국가의 ‘존중의무’, 사인에 의한 프라이버시권 침해를 예방·방지하기 위한 국가의 ‘보호의무’, 프라이버시권 실현을 위해 필요한 구체적인 제도를 구축할 ‘충족의무’를 모두 강조하고 있다.<sup>36</sup> 따라서 이러한 의무를 위반하는 경우 국가의 작위 또는 부작위로 인해 프라이버시권의 침해가 발생한다고 평가할 수 있다.

물론 프라이버시권은 국제인권법이 규정하는 대부분의 다른 권리들과 마찬가지로 경우에 따라 제한될 수 있다. 그러나 국가의 특정조치가 프라이버시권을 제약하는 경우에도, 3원적 의무론의 관점에서 국가가 가지는 ‘존중·보호·충족 의무를 위반하지 않는 경우에 한하여 그 제약이 정당화’될 수 있다. 특히 국제기구들은 발간 문서 등을 통해 프라이버시권을 보장하기 위한 국가의 의무가 소극적인 의무에 국한되는 것이 아니라 적극적인 의무로서의 성격을 가진다는 것을 명확히 하고 있으며, 코로나19 상황 전후로 발표한 문서들을 통해 국가가 3원적 의무에 따라 준수해야 할 기본원칙을 구체적으로 서술하고 있다.

이를 종합하면 코로나19상황에서 국가에 의해 발생하는 프라이버시권 제약에 있어 준수되어야 할 기본원칙은 다음과 같이 구체화할 수 있다. 코로나19 상황에서 국가에 의한 프라이버시권 제약이 아래의 원칙을 준

35 UN General Assembly, 「68/167. The right to privacy in the digital age」, 18 December 2013, A/RES/68/167 등 참조

36 UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 등 참조

수하지 않으면 존중의무를 위반하여 프라이버시권을 침해하였다고 볼 수 있고, 국가가 아래와 같은 조치를 전혀 취하지 않거나 최대한의 조치를 하지 않아 불충분한 조치에 이른 경우 보호·충족의무를 위반하여 프라이버시권을 침해하였다고 평가할 수 있다.

법적의무	기본원칙
존중의무	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 적법성의 원칙 준수(프라이버시권 제약은 법률의 근거가 있어야 하고, 명확해야 함)</li> <li>- 필요성의 원칙 준수(프라이버시권 제약은 코로나19 방역을 통한 생명권 및 건강권 보호를 위해 반드시 필요한 경우에 한정됨)</li> <li>- 비례성의 원칙 준수(프라이버시권 제약은 코로나19 방역을 통한 생명권 및 건강권 보호라는 목적의 달성을 위한 여러 방안 중 가장 권리를 덜 침해하는 방안이어야 함)</li> <li>- 비차별의 원칙 준수(제약이 특정집단에 대한 차별을 야기한다면 허용될 수 없음)</li> <li>- 불법 및 자의적 간섭의 금지</li> <li>- 과학적 증거에 기반(프라이버시권 제약은 과학적 근거에 기반해야 함)</li> <li>- 기간의 제한(일몰조항의 도입: 기간 제한이 있고, 반드시 일시적이어야 함)</li> </ul>
보호 및 충족의무	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 목적을 제한할 것</li> <li>- 정기적으로 방역조치의 효과성을 검토할 것</li> <li>- 안전장치 마련</li> <li>- 가공된 데이터의 사용금지</li> <li>- 독립된 기관에 의한 관리, 감독</li> <li>- 프라이버시권, 젠더를 고려한 인권영향평가</li> <li>- 목적 범위 외 이용을 금지할 것(특히 수사와의 연계 금지)</li> <li>- 수집된 개인정보의 지속적인 파기</li> <li>- 프라이버시 설계와 기본설정 도입</li> <li>- 폐쇄 감사의 실시</li> <li>- 구제절차 마련</li> <li>- 시민사회 및 이해관계자의 참여권을 보장할 것</li> </ul>

### 3. 정부의 대표적 방역조치와 프라이버시권의 제약 현황

우리 정부가 시행 또는 시행을 추진했던 대표적인 방역정책은 ① 동선 공개 제도, ② 자가격리 안전보호 앱의 설치 의무화, ③ 안심밴드의 착용 의무화, ④ 기지국 접속자 위치정보 처리행위, ⑤ 전자출입명부 의무화, ⑥ 코로나19 역학조사 지원시스템의 도입, ⑦ 다량의 개인정보 처리 및 미파기이다. 그러나 이 조치들의 시행하며 시민들의 프라이버시권을 제약하는 과정에서 방역당국은 앞서 살핀 ‘존중 및 보호, 충족의무’를 이행하지 않아 결과적으로 프라이버시권이 과도하게 침해되었다.

#### 가. 확진자의 동선공개

초기 가장 논란이 컸던 것은 확진자 동선공개 조치였다. 정부는 코로나19의 감염 확산이 밀접접촉 또는 비말 전파의 양상으로 이루어진다는 사실을 파악한 후 코로나19 확진자의 이동경로를 공개하는 방법으로 코로나19의 감염 확산을 방지하고자 했다. 이에 따라 국회는 2020. 3. 4. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘법’)의 개정안을 통과시키며 법 제 34조의2에 따라 코로나19 확진자의 이동경로, 이동수단 등의 정보를 공개했다. 그러나 감염병 환자의 개인정보 공개범위, 공개기간, 공개대상이나 공개방식 등에 관한 제한을 일절 규율하지 않아 문제가 있었다. 일부 지방자치단체들은 공개된 개인정보들을 종합할 경우 감염병 환자를 특정할 수 있는 수준에 이를 때까지 무분별하게 감염병 환자의 개인정보를 공개하였다. 정보공개 관련 이의신청 절차에도 문제가 있었다. 정보공개 이전에 사전적으로 이의신청을 할 수 있도록 하여 정보주체의 방어권을 행사 가능하도록 조치한 바 없었고, 사후적 이의신청은 가능하긴 했지만 이의

신청의 상대방이나 절차 등이 세세하게 규정되지 않아 무의미했다. 이후 법 개정으로 감염병 환자의 개인정보 공개범위, 공개기간, 공개대상이나 공개방식을 제한하게 되었고, 동선공개 목적 달성 시에는 공개된 정보를 삭제하는 조항을 신설하거나 이의신청 절차를 간소화 하는 등 일부 법적·제도적 개선이 진행되기는 하였다.

#### 나. 자가격리 안전보호앱 개발 및 운영

2020. 중순경부터 방역당국이 시행하는 코로나19 검사자는 검사결과가 음성으로 나올 때까지, 그리고 밀접접촉자는 코로나19의 잠복기간 약 2주에 걸쳐 법에 따라 자가격리 의무를 부담하게 되었다. 그런데 일부 시민은 생활을 이어가기 위하여 또는 특별한 사정으로 인하여 자가격리 기간 동안에 지정된 격리 장소를 이탈하는 경우가 종종 확인되었고, 때에 따라서는 시민이나 방역당국이 자가격리 위반자를 고발하여 사회 전반에 걸쳐 극도로 높은 긴장감이 조성됐다. 이에 정부는 자가격리 의무 준수 여부를 모니터링 할 수 있는 모바일기기 어플리케이션을 개발, 운영하겠다는 방침을 밝혔다. 문제는 법 개정에도 불구하고 이처럼 감염병 환자 내지 감염병 의심자의 위치정보를 실시간으로 수집 및 추적하는 행위에 대한 법적 근거가 미비하였다는 점이다. 정부와 국회는 2020. 3. 4. 법을 개정하면서 감염병의 증상 유무 확인이 가능하도록 공무원에게 권한을 부여하였는데, 해당 신설규정에 근거하더라도 공무원이 감염병 의심자의 위치 정보를 수집할 수 없었음에도 불구하고 자가격리 안전보호앱을 개발하여 운영하였다.

#### 다. 안심밴드 도입

정부는 자가격리 안전보호앱을 운영하는 중에도 자가격리 지침을 위반하는 대상자들을 통제하고자 자가격리 의무자들을 상대로 손목에 채우는 ‘안심밴드’를 도입을 추진하였다. ‘안심밴드’는 중단거리 통신기술을 활용하며 이미 모바일 기기에 설치된 자가격리 안전보호앱과 연동되어 위치정보를 수집하였을 때 등록된 자가격리지로부터 일정 거리를 이탈하거나 밴드를 훼손할 경우 담당 관리자에게 자동으로 통보하도록 설계되었다. 당시, 안심밴드를 착용하게 할 법적 근거가 없어 사회 각계각층에서 우려와 비판이 제기되었음에도 정부는 자가격리 의무자의 개별적 동의를 얻어 안심밴드를 착용하게 한다는 방침을 내세우며 강행하려 했다. 그러나 ‘안심밴드’와 유사한 기능을 탑재하여 비슷한 역할을 수행하는 ‘전자발찌’의 경우와 비교해 보면 정부 입장은 심각하다. 2008.경 성폭력사범의 재범을 막기 위해 시행한 전자발찌는 「전자장치부착법」을 근거로 하고 있을 뿐만 아니라, 보호관찰소의 부착명령 청구 전 조사, 검찰의 부착명령 청구, 법원의 부착명령과 같은 엄격한 절차를 거치도록 정하고 있었는데, 사실상 전자발찌와 동일한 효과를 야기하는 안심밴드는 이러한 근거와 필수적 절차가 전무하였다.

#### 라. 기지국정보수집

2020. 4.경 국내 코로나19 확진자 수가 급감하면서 잠시 사회적 거리두기를 완화하였는데, 이로 인해 4.말경의 연휴 기간 동안 코로나19 상황 관리에 문제가 발생했다. 2020. 5. 7. 지역감염자로 확인된 확진자가 서울 용산구 이태원동 소재 클럽을 방문하였고, 이어서 다음 날에는 전국에서

해당 클럽을 포함한 인근 클럽에 이용객들이 모여들었다. 그리고 5일 가량 지나 결국 대규모 집단감염사태가 발생하였다. 서울시는 대규모 집단 감염사태를 모니터링한다는 이유로 서울지방경찰청 및 이동통신사 3사와 협업하여 2020. 4. 24.부터 같은 해 5. 6.까지, 자정에서 새벽 5시 사이에 이태원 클럽 주변의 기지국에 접속한 사람들 가운데 30분 이상 체류한 자에 대한 모든 통신정보를 수집하였고, 그 대상자는 일만 명이 넘었다. 서울시의 기지국 접속 정보를 이용한 위치정보 수집 조치는 법 제76조의2 제1항 또는 제2항을 근거로 한 것으로 추정되는데, 각 항의 주체와 절차, 요건이 구분되는 만큼 이를 뭉뚱그려 기지국 접속정보 수집의 법적 근거로 삼을 수는 없었다. 그럼에도 서울시는 단순히 서울지방경찰청과 이동통신사 3사를 상대로 기지국 접속정보를 요청하여 문제가 없다면 조치를 강행했다. 그러나 기지국 접속정보 수집은 강력한 프라이버시 침해에 해당할 수 있고 사후적인 피해보상도 어려울 수 있을 뿐만 아니라 그 침해의 정도가 심각하기에 사전적으로 영장주의를 준용하는 일련의 제한규정을 마련했어야 하고, 이에 근거하여 조치 추진을 검토했어야 한다. 법적 근거와 제도의 준비가 전혀 없었음에도 서울시는 행정편의주의적 발상으로 일만 명 이상의 시민들의 기지국 접속정보를 저인망식으로 일거에 수집하면서 광범위하게 시민들의 프라이버시권을 침해하였다.

#### 마. 출입자명부작성 의무화

이태원발 대규모 집단감염사태에서 일부 클럽을 이용한 사람들 대부분이 출입자 명부를 허위로 기재한 사실이 드러나자 정부는 전자적 출입명부 작성을 의무화하려는 일련의 조치들을 시행하였다. 이후 QR코드를 활용한 전자출입명부 시스템이 도입되어 실제 운영되었다. 법 제49조 제2호

의2가 근거가 된 듯 하지만 실상 모든 시민을 대상으로 하는 일반적 감시 조치에 해당한다. 이에 출입자 명부작성 의무화에 대한 법적 근거에 대한 비판이 일자 정부는 시설 이용자의 자발적 동의가 근거라고 하였다. 그러나 시설 이용을 위해 어쩔 수 없이 이 조치를 따른 대다수의 시민들이 QR코드를 발급받을 때마다 자신이 개인정보 수집, 이용 및 제3자 제공 등에 대한 동의를 하고 있음을 인지하고 있다고 보기는 어렵고, 이러한 동의를 자발적 동의라 평가할 수 있을지도 의문이다.

#### 바. 역학조사시스템 운영을 통한 개인정보 수집 및 코로나19 관련 정보의 영구보존 결정

질병관리청장은 ‘감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 필요한 경우’ 여러 기관에 감염병 환자 및 감염병 의심자의 개인정보를 요구할 수 있고, 여기에는 성명, 주민등록번호, 주소 및 전화번호 등 인적사항, 처방전 및 진료기록부 등 의료정보, 출입국관리기록 등의 개인정보와 이동경로를 파악하기 위한 정보가 포함된다(법 제76조의2 제1항). 아울러 이동경로를 파악하기 위해 수집하는 정보로는 신용카드 등 사용내역, 교통카드 사용내역, CCTV 영상정보 등이 있다(법 시행령 제32조의2). 역학조사 과정에서 이렇게 개인의 취향과 사회적 관계 등을 담은 민감한 개인정보들이 무수히 수집된다. 수집된 개인정보들은 역학조사시스템을 구성하는 하나의 데이터가 되는데, 이처럼 내밀하고도 민감한 개인정보를 담고 있는 역학조사시스템에 대해 정기적인 관리감독이 이루어지고 있는지 불분명하며, 수집된 개인정보가 수집의 목적을 다하였을 때 즉시 파기되는지에 대해서도 확인이 불가하다. 질병관리본부는 “2015년 메르스 사태 이후 수집된 확진자와 격리자 정보를 아직까지 파기하지 않았다”고 답변한 바

있고, 중앙방역대책본부는 자체 정례브리핑에서 메르스 환자 정보에 대해서는 영구 보유하는 것으로 결정을 했고 이는 "메르스로 인한 당시 메르스를 앓으셨던 환자분들의 추후에 추가될 수 있는 합병증이나 건강상의 피해를 국가가 책임지고 계속 관찰하고 관리한다는 차원에서 내린 결정"이라고 밝힌 바 있다. 질병관리본부가 승격하여 설립된 질병관리청은 2018. 7. 감염병 업무 수행을 위해 수집한 개인정보를 영구보존하기로 내부적으로 결정하였고, 이에 따라서 코로나19 관련 개인정보도 영구보존하게 되었다. 그러나 이는 사실상 아무런 법적 근거가 없어 위법하다.

#### 4. 정부 방역조치에 대한 종합평가 및 제언

##### 가. 정부 방역조치에 대한 평가 및 문제점

이상 대표적인 방역조치들을 살폈다. 정부가 코로나19라는 전례 없는 감염병의 확산을 방지하고자 여러 방역대책을 강구한 것 자체를 비난할 수는 없겠지만 시민들의 프라이버시 제약 과정에서 국가의 보호의무, 충족의무, 존중의무를 다하였다고 할 수 없고, 방역당국이 의무를 방기하면서 다수 시민들의 프라이버시권이 심각하게 침해되었음을 부인할 수 없다.

한국의 방역 조치들은 정밀한 역학조사를 통한 접촉자 파악, 감염병의 심자에 대한 격리와 적극적인 진단검사 시행 등에 기반하고 있다. 이러한 조치들은 건강정보, 위치정보, 사회적 관계 등 민감한 개인정보의 수집 및 처리를 수반할 수밖에 없고,<sup>37</sup> 이를 위하여 정부 및 유관부처는 각

종 신기술을 무분별하게 도입하였다. 방역당국은 감염경로를 파악하여 감염확산을 방지하고 적기에 방역조치를 취한다는 명분으로 개인의 디지털 정보들을 쉽게 수집하고 불특정 다수에게 공개하였고, 방역을 강화하는데 필요한 법제와 정책의 빠른 도입에만 몰두하면서 그에 부응하는 정도로만 매우 소극적으로 정보인권에 대한 원칙과 기준을 세웠을 뿐, 관련 법제와 정책을 정비하고 안전장치들을 병행 마련하는 데에는 무관심하였다.

또한 방역 과정에서 인권침해 상황을 관리 감독할 대표적인 국가인권기구인 국가인권위원회와 개인정보보호위원회의 선제적인 역할도 미비하였다. 국제인권기구가 전 세계적으로 인권보호에 대한 원칙적, 종합적인 입장을 제시하는 역할을 한다면 각 국의 인권기구들은 이러한 국제인권기구의 입장을 각 국의 현실 상황에 맞게 신속히 적용하여 각국의 과도한 행정권 남용을 시의 적절하게 견제하고 인권 침해를 구체적으로 방지해야 할 책임이 있다. 그러나 한국은 코로나 대응 초기, 어떠한 통제도 없이 방역 당국과 지자체, 정부기관들의 인권 침해적 방역정책과 조치들이 무분별하게 시행되면서 많은 시민사회와 인권단체들의 비판에 직면하였다. 대응 초기 국가인권위원회가 보다 선제적이고 신속하게 인권보호와 침해 방지를 위한 입장을 발표했다면 방역정책으로 인한 인권침해를 최소화할 수 있었을 것이다. 코로나19 초기에 국가인권위의 선명한 권고가 부재한 상황에서, 정부 당국의 방역조치의 방향과 기초는 인권 존중보다는 방역우선주의로 경도되었고 시민들 또한 이러한 기초를 무비판적으로 수용했다. 우리 사회 인권 감수성의 방어에 사실상 실기하였다는 비판을 면하기 어렵다. 개인정보보호위원회 또한 초기 방역과정에서 개인의 민감한 정보를 무분별하게 수집하는 행위를 적극적으로 방지하기 보다는 사후적으로 '실태점검' 결과를 발표하거나 정부의 정책에 대해 소극적인 보완책 정도를 제시하는 수준에 그쳤을 뿐이다.

<sup>37</sup> 오병일, 「정보인권보호를 위한 감염병예방법개정안」, 「국제인권규범을 준수하는 감염병법 개정과제 토론회 자료집」, 2021, 8쪽

국제인권기구는 코로나19상황에서 지켜져야 할 인권보호원칙으로서 단 한 사람도 소외되지 않도록 대응조치를 해야 할 필요성을 언급하면서 그 어느 때보다 시민의 목소리를 경청할 필요가 있다고 강조하였으나, 한국에서 각종 방역조치를 도입하거나 시행하는 과정에서 시민사회의 목소리를 적극적으로 수렴해가는 노력은 사실상 거의 보이지 않았다. 조치들을 시행하기에 앞서 시민사회와 이해관계자들의 목소리를 경청하여 우려 지점들을 적극적으로 수용했다면 과도한 인권침해 상황을 미연에 방지할 수 있었을 것이다.

또한 방역조치가 표방하는 추상적 공익을 명목으로 과도한 인권 제약을 정당화하면서 자의적으로 권력을 행사하고 제대로 된 구제절차를 마련하지 않았다는 점도 문제다. 가령 정부와 지자체는 방역을 이유로 실외에서 진행되는 집회·시위 등의 행사에 대해 사회적 거리두기 준수 등 가능한 모든 방역조치들을 취하였음에도 전면 금지하는 강경한 태도를 보여 왔다.<sup>38</sup> 더불어 지자체장 등에게 인권을 제약할 수 있는 권한을 과도하게 부여했다는 점도 문제다.<sup>39</sup> 그러나 지자체 등의 광범위한 권한행사에 대해 구체적인 기준이 입법적으로 마련되어 있지 않았으며, 사후적으로도 통제할 수 있는 규범적 체계가 갖추어지지 않았다. 나아가 현행 감염병예방법은 동선공개 등 프라이버시권 침해는 보상의 대상으로 두고 있지 않고, 피해자 회복을 위한 조치 등의 법적 근거도 불투명하다.

무엇보다 현재 방역조치의 근본적 문제점은 방역조치를 통한 생명권과 건강권 보호라는 추상적 공익을 명목으로 인권의 광범위한 제약을 너무나 쉽게 정당화하고 있다는 것이다. 부당한 간섭도 문제지만 설사 그 간섭이

정당하다고 필요하다더라도 마땅히 법적 의무로서 취해졌어야 할 보호의무, 존중의무, 충족의무 등에 기반한 적극적 조치가 부재한 채 이루어진 이상 시민의 인권은 침해된 것으로 보아야 한다.

## 나. 종합 제언

코로나19 팬데믹은 인류가 지금까지 경험하지 못한 전 세계적인 위기다. 그러나 이럴 때일수록 국가의 인권보호 원칙과 기준을 제대로 수립하고 준수할 때 우리 사회가 더 성숙해 갈 수 있다. 재난 상황에서 수호되어야 할 인권적 가치가 보다 촘촘하게 담기도록 우리의 법제도를 설계·개선해야 한다. 다수주의에 대한 경계, 소수자 보호의 가치 인정, 인권 대립적 시각의 극복, 소수자 및 취약계층의 인권보장에 소홀함이 없도록 기본원칙과 권리조항을 신설해 가는 것이 그 시작이 될 수 있다. 특히 인권에 대한 보호·충족 의무를 등한시 하는 각종 방역 관련 법령은 시급하게 개정될 필요가 있다. 신기술의 도입과정에서 정보인권의 침해가 무분별하게 발생하지 않게 하는 법적·제도적 안전장치를 기술의 발전에 비례하여 마련해야 한다. 자동화 의사결정, 프로파일링 등을 규제할 수 있는 법제 개선이 필요하고, 신기술 도입에 대한 영향평가제도, 프라이버시 설계 및 기본설정 등 그 부작용 등을 사전에 예방할 수 있는 제도가 마련되어야 한다. 또한, 코로나19 예방을 위해 '일시적'으로 도입된 기술적 조치가 코로나19 상황 이후에도 보편화되지 않도록 규제할 필요가 있다. 나아가 방역에 있어 시민참여 거버넌스의 구축이 반드시 필요하다. 정부당국은 지금까지 권리와 의무, 방역의 주체이자 피해당사자들을 소외시켜 온 지난 시기에 대해 평가하고, 향후에는 시민들이 기술의 도입, 방역조치 마련 등 방역정책 수립 과정에 적극 참여하고 의견을 개진할 수 있게 하는 기구와

38 경향신문, 2021. 10. 13. '코로나 때문에 힘들어 거리로 나왔는데... 서울서만 7071건 막혔다' <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202110130600035>

39 박한희, 「인권의 원칙에 부합하는 방역정책을 위한 감염병법 개정과제」, 『국제인권규범을 준수하는 감염병법 개정과제 토론회 자료집』, 72쪽

절차 등을 마련해야 한다. 의학 전문가, 인권활동가, 시민이 함께 결정하는 협동대응체계 및 수시 소통체계를 구성하고 감염병 대응 조직체계에서 인권 역량을 강화해야 한다. 끝으로, 방역조치로 인해 프라이버시권을 제약 받거나 극심한 차별과 혐오의 대상이 된 피해자들의 원상회복을 위한 조치, 책임자 처벌, 심리지원 등이 필요하고, 이를 위한 입법, 즉 감염병 예방법 개정 또는 재난 피해자에 관한 법률 제정 등이 필요하다. 이렇게 코로나19 대응 과정에서 나타난 여러 문제점과 한계에 대하여 제대로 평가하면서 프라이버시권에 대한 국가의 보호의무, 존중의무, 충족의무에 근거한 정책들을 수립해 나간다면 향후 유사한 위기 상황에서 공익의 이름으로 과도하게 시민의 권리가 침해되는 것을 방지할 수 있을 것이다.

특별기고 3
<h2 style="margin: 0;">코로나19와 집회 및 시위에 관한 권리</h2>
김은진

### 1. 들어가며

2020. 1. 20. 처음 확진자가 발생한 후 지난 2년 동안 국가권력이나 타인의 간섭없이 모일 자유, 즉 집회 및 시위에 관한 권리는 눈에 띄게 위축되었다. 집회의 자유가 지나치게 위축된 원인으로는 비말과 공기로 전파될 우려, 코로나19의 특성과 미지의 감염병이 가져오는 불안과 공포라는 이유도 있겠으나, 방역을 이유로 집회의 자유를 과도하게 제한하여 온 정부의 대응이 주요한 이유였다고 할 것이다.

헌법재판소는 집회의 자유에 대하여 “국민들이 타인과 접촉하고 정보와 의견을 교환하며 공동의 목적을 위하여 집단적으로 의사표현을 할 수 있게 함으로써 개성신장과 아울러 여론형성에 영향을 미칠 수 있게 하여 동화적 통합을 촉진하는 기능을 가지며, 나아가 정치·사회현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만세력을 사회적으로 통합하여 정치적 안정에 기여하는 역할을 한다”고 하였다. 현대 사회

에서 집회의 자유는 현대사회에서 의사표현의 통로가 봉쇄되거나 제한된 소수집단에게 의사표현의 수단을 제공한다는 점에서, 언론·출판의 자유와 더불어 대의제 자유민주국가에서는 필수적 구성요소가 된다고 보았다(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 참조).

그러나 아래에서 살펴보듯이 정부는 코로나 확산을 방지한다는 명분 아래 집회 자체를 금지하였었고, 객관적 과학에 근거하지 않은 임의적인 판단으로 집회 및 시위에 참가하는 인원을 재량적으로 제한하기도 하였다. 집회 및 시위의 자유에 대한 제한은 다중이 실내에서 모이는 대규모 박람회나 백화점 영업 등 다중이 밀집하는 영업에 대한 제한 조치보다 더 엄격했고 형평에 어긋났다. 수많은 노동자의 최소한의 삶을 유지하고 사회적 약자들의 다양한 목소리를 담아내는 집회의 권리는 코로나19 확산을 선제적으로 차단하고 시민의 안전과 건강을 보호하기 위하여 불가피하다는 이유로 유독 금지되고 제한되었던 것이다.

이하에서는 우선 코로나 19를 이유로 한 정부의 집회금지의 경향에 관하여 살펴보고, 집회금지의 근거가 되었던 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 '감염병예방법'이라고 한다) 제49조 제1항제2호의 위헌성에 관하여 밝힌 후 위와 같은 문제가 반복되지 않기 위한 개선안에 대하여 되짚어 보고자 한다.

## 2. 코로나19를 이유로 한 집회금지의 경향

서울시가 2020. 2. 21. 광화문광장, 서울광장, 청계광장 그리고 그 주변 차도 및 인도에 집회금지를 통보하고 집회를 예정하고 있던 17개 단체 집

〈사회적 거리두기에 따른 방역조치(2020. 11. 7.부터)〉

구분	1단계	1.5단계	2단계	2.5단계	3단계
마스크 착용 의무화	중·중대급 위험시설, 대중교통, 의료기관, 학교, 유흥시설, 구급차, 노인복지시설, 전철, 사무실, 종교시설, 실내 스포츠 경기장, 고위험 사업장 등	1단계에 실외 스포츠 경기장 추가	상대 전제, 위험도 높은 실외 활동	상대 전제, 2m 이상 거리 유지가 어려운 실외	
모임·행사	500명 이상 행사는 지자체 신고·합의 필요, 방역수칙 의무화	1단계 조치 유지, 축제 등 일부 행사는 300명 이상 금지	100명 이상 금지	50명 이상 금지	10명 이상 금지
스포츠 관람	관중 입장(50%)	관중 입장(30%)	관중 입장(10%)	무관중 경기	경기 중단
교통시설 이용	마스크 착용 의무화		교통수단(차량) 내 흡연 금지 추가 (국제항공편 제외)	KTX 고속버스 등 50% 이내로 예약 제한 (항공기 제외)	KTX, 고속버스 등 50% 이내로 예약 제한 (항공기 제외)
종교	밀집도 2/3 이하, 조정 가능	밀집도 2/3 준수	밀집도 1/3 이하 (다중학교 2/3) 최대 2/3 내에서 운영 가능	밀집도 1/3 준수	원격수업 전환
종교활동	파악 한 한 의무화, 모인식사 자제 권고 (속박행사 금지)	장규예배 등 좌석 수의 30% 이내로 제한, 모인식사 금지	장규예배 등 좌석 수의 20% 이내로 제한, 모인식사 금지	비대면, 20명 이내로 인원 제한, 모인식사 금지	1인 행사만 허용, 모인식사 금지
직장근무	기관·부서별 적정 비율 재택근무 등 실시 권고 (예, 1/5 수준)	기관·부서별 재택근무 등 확대 권고 (예, 1/3 수준)	인원의 1/3 이상 재택근무 등 권고	필수인력 이외 재택근무 등 의무화	
	고위험사업장 (콜센터, 유통물류센터) 마스크 착용 의무화	고위험사업장 마스크 착용, 환기소독, 근무자 간 거리두기 등 의무화			

회금지 공문을 발송한 것을 시작으로 전국적으로 집회금지 조치가 이어졌다. 초장기 집회금지는 주로 지자체의 고시에 의하여 집회금지 장소를 지정하는 방식으로 시행되었고, 이후에는 단계별 방역조치에 따라 인원수를 제한하거나 거리두기, 마스크 착용 등 방역수칙을 준수하는 것을 조건으로 제한적으로 허용되었다.

전체적으로 살펴보면 사회적 거리두기가 구체화되지 않은 2020년 상반기부터 서울시는 집회가 전혀 허용되지 않는 도심집회금지 구역과 각 자치구가 지정한 집회금지 구역을 중심으로 집회를 금지하였다. 이후 거리두기 단계가 설정되면서부터는 금지장소와 함께 인원 제한의 통제가 이루어

시론  
인문법규  
집행권분석  
변론기  
국제연대  
인문법제안  
합동연구  
판례평석  
특별기고  
함께사는 지구



어졌다. 2020년 8월부터는 100인 이하의 집회가 가능했던 사회적 거리두기 1단계 시기(2020. 10. 12. ~ 11. 23.)를 제외하고는 서울시 전 지역에서 10인 이상의 집회를 금지해왔다. 2021.7. 12. 수도권에 거리두기 4단계가 실시되면서는 1인 시위 외에 모든 집회가 금지되기도 하였다<sup>1</sup>.

대부분의 지자체가 기간을 정하지 않은 채 모든 형태의 집회를 금지하거나, 극소수의 인원만 참여하는 집회를 허용하는 방식의 사실상 집회 통제 조치를 택하였다. 예외적으로 광주와 울산은 지자체가 관리 가능한 방역 수준을 고려하여 고시를 발표하였는데, 이 두 지자체의 고시는 ① 행정명령의 발효 기간과 종료 기간을 설정한 점(연장 시 별도 고시), ② 장소 제한과 결합된 모든 형태의 집회금지가 아닌 실내/실외를 구분하는 현실적인 인원제한 조치였다는 점, ③ 모든 행정명령에 핵심 방역수칙 준수 의무를 중요하게 강조한 점(참가자 간 거리두기, 마스크 착용, 발열체크, 손소독 등)에서 다른 지자체 고시와 조금 다른 양상을 보였다.<sup>2</sup>

### 3. 지자체 고시로 집회를 금지·제한할 수 있게 한 감염병예방법 등의 위헌성

집회금지는 지자체장이 감염병예방법 제49조 제1항 제2호 ‘지자체장 등에게 감염병을 예방하기 위하여 흥행, 집회, 제례 또는 그 밖의 여러 사람의 집합을 제한하거나 금지하는 모든 조치를 할 수 있다’에 의하여 집회금지 행정명령(고시)을 내리고, 경찰이 집회 및 시위에 관한 법률(이하 “집시법”이라고 한다) 제5조 제1항 제2호를 적용하는 방식으로 이루어졌다. 즉 지자체의 행정명령에 반하는 집회 등은 “공공의 안녕 질서에 직접적인 위

1 인권재단 사람 공권력감시대응팀(2021. 8.), 『이슈보고서-코로나19와 집회시위의 권리』, 17-18쪽 참조.  
2 위의 글, 21-25쪽 참조.

〈사회적 거리 두기에 따른 주요 방역조치(2021. 7. 1.부터)〉

구분	1단계	2단계	3단계	4단계
단계 명칭	지속적 억제상태 유지	지역 유행/인원 제한	광역 유행/모임 금지	대유행/외출 금지
대상 조항	사·군·구, 시도, 중대본	사·군·구, 시도, 중대본	사·군·구, 시도, 중대본	중대본
기준	인구 10만 명당 1명 미만 (주간 평균) ▶ 전국 : 500명 미만 ▶ 수도권 : 250명 미만	인구 10만 명당 1명 이상 (주간 평균이 3일 이상 기준 초과) ▶ 전국 : 500명 이상 ▶ 수도권 : 250명 이상	인구 10만 명당 2명 이상 (주간 평균이 3일 이상 기준 초과) ▶ 전국 : 1,000명 이상 ▶ 수도권 : 500명 이상	인구 10만 명당 4명 이상 (주간 평균이 3일 이상 기준 초과) ▶ 전국 : 2,000명 이상 ▶ 수도권 : 1,000명 이상
모임	방역수칙 준수	8명까지 모임 가능 (9인 이상 사적모임 금지)	4명까지 모임 가능 (5인 이상 사적모임 금지)	18시 이후 2명까지 모임 가능 (3인 이상 사적모임 금지) ※ 18시 이전에는 4인까지 모임 가능
행사	500인 이상 행사 시 지자체 사전 신고	100인 이상 행사 금지	50인 이상 행사 금지	행사 금지
집회	500인 이상 집회 금지	100인 이상 집회 금지	50인 이상 집회 금지	1인 시위 외 집회 금지

※ 예방접종 완료자는 직계가족 모임 제한 인원에 미포함  
※ 예방접종 완료자는 사적모임 제한 인원에 미포함  
※ 예방접종 완료자는 행사 제한 인원에 미포함  
※ 예방접종 완료자는 집회 제한 인원에 미포함

협을 끼칠 것이 명백한 집회 또는 시위”로 금지되었고, 이를 위반할 경우 집회법 제22조 및 감염병법 제80조 위반으로 형사처벌을 받게 되는 것이다(이하 포괄하여 “이 사건 규정”이라고 한다). 그러나 이 사건 규정은 법률주의(포괄위임금지·의회유보원칙) 및 명확성의 원칙에 반하여 죄형법정주의에 위반될 뿐만 아니라, 헌법 제21조 집회 및 시위의 자유를 지나치게 제한하여 헌법에 위반된다 할 것이다.

#### 가. 법률주의(포괄위임금지·의회유보원칙) 위반

감염병예방법 제49조 제1항 제2호(이하 “이 사건 규정”이라고 한다)는 범

죄의 구성요건과 형벌의 대강이 법률에 의하여 규정되어 국민들이 법률을 통해 어떤 행위가 처벌될 것인지 예측하기 상당히 어려울 뿐만 아니라, 형식적 의미의 법률도 아닌 고시 혹은 처분에 처벌법규의 구성요건을 ‘백지위임’하고 있다. 또한 지방자치단체장의 명령, 고시로서 집회를 제한·금지할 수 있게 하면서도 구체적으로 지방자치단체장이 행할 수 있는 조치의 상한과 폭을 명확히 규정하고 있지 않다. 지방자치단체장이 집회를 규제한다고 할 때 인원을 규제한다는 것인지, 장소를 규제한다는 것인지, 방법을 규제한다는 것인지, 제한 조치의 형식을 고시로 할 것인지 처분으로 할 것인지 아무런 기준이 없다. 지방자치단체장의 자의에 따라 임의로 전면적·일률적으로 집회를 금지하는 조치를 할 수도 있고, 집회의 시간과 장소, 참석인원 등을 정하여 일방적으로 집회를 제한할 수도 있도록 ‘최소한의 기준’조차 마련하지 않고 한 것이다. 따라서 이 사건 규정은 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적인 내용을 정한 것이라 할 수 없고 위임법규에 구성요건을 백지위임하고 있는 것이므로 법률주의(포괄위임금지·의회유보원칙)에 반하여 죄형법정주의에 위배된다.

나. 명확성 원칙 위반

이 사건 규정은 일반 국민의 관점에서 모호하고 지나치게 포괄적이며 광범위하여 명확성 원칙에 반한다. 이 사건 규정에서 말하는 “감염병”의 범위는 최종적으로 ‘보건복지부장관의 고시’로서 정하도록 되어 있고(동법 제2조 제1호 내지 제12호 참조)되어 있고, “집합”의 범위 역시 모인 인원수와 목적, 장소, 방법 등이 명확히 규정되어 있지 않아 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 통상의 판단능력을 가진 일반인들이 그 범위를 확정하기 결코 쉽지 않으며 애매모호 한 것이다. 즉 이 사건 규정의 구성요건에서

사용하고 있는 개념은 불명확할 뿐만 아니라, 전체적으로 구성요건의 설정이 광범위하고 포괄적이어서 처벌대상인 행위의 범위를 확정하기 어려워 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다할 것이다.

다. 헌법 제21조 집회 등의 자유 침해

헌법재판소는 집회의 금지는 보다 적게 제한하는 다른 수단의 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적 수단이라고 판시하였다. 즉 “집회의 금지는 원칙적으로 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한하여 허용될 수 있다”고 하면서 “집회의 금지와 해산은 집회의 자유를 보다 적게 제한하는 다른 수단, 즉 조건(예컨대 시위 참가자수의 제한, 시위대상과의 거리제한, 시위방법, 시기, 소요 시간의 제한 등)을 붙여 집회를 허용하는 가능성을 모두 소진한 후에 비로소 고려될 수 있는 최종적인 수단이다. 이러한 의미에서 집회의 절대적인 금지 사유를 규정하는 집시법 제5조 제1항 제2호도 ‘집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회’라고 하여 집회금지요건을 매우 엄격하게 규정하고 있다.”라고 한 것이다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67,83(병합) 참조).

한편 집회의 자유를 제한하는 경우, 집회의 금지 권한을 부여하는 수권 규범은 자유민주국가에서 집회의 자유의 의미와 중요성에 비추어 해석되어야 하고, 지방자치단체장등의 조치는 제3자의 법익이나 공익의 보호를 위하여 반드시 필요한 것에 제한되어야 한다. 즉 집회의 자유를 제한이 합리적인 범위 내에서 이루어졌는지는 ‘집회의 자유를 지나치게 제한함이 없이, 즉 집회의 자유를 최대한으로 보장하면서, 다른 법익에 대한 침해

를 최소화할 수 있는지'에 따라 판단하여야 할 것이다. 표현의 자유에 관한 규제입법의 경우 그로 인하여 제한되는 기본권이 여타의 경제관련 기본권보다 우월한 보장을 받는 정신적 표현에 관한 기본권이라는 점에서 포괄위임금지나 법률 명확성을 요구하는 정도가 더욱 엄격하다 할 것이다.<sup>3</sup> 따라서 표현의 자유를 규제하는 내용을 위임하는 경우 위임의 구체성·한정성의 요구가 더욱 강화되므로 그 법률조항은 더욱 세밀하고 명확하게 규정되어야 한다.

그런데 문제는, 감염병예방법 제정 이전에는 위 집시법상 폭행, 협박, 손괴, 방화 등의 직접적, 가시적, 제한적 위험과의 비교형량을 통하여 집회의 자유가 제한되었다면, 이제는 이 사건 규정에 의해 전염이 가져올 간접적, 잠재적, 확산적 위험까지도 그 비교형량에서 고려하지 않을 수 없게 되었는데, 감염병예방법에서 규정하는 '위험'의 발생이 불확실하고 판단 기준이 모호하다는 점이 점이다. 즉 구체적, 과학적 사실확정이 아닌 행정부의 당위성 판단, 여론추수적 판단이 크게 작용할 우려에 따라 자의적으로 위험을 판단할 수 있게 되었다. 집회를 제한하는 각 지자체 고시에는 지자체장의 명령, 선언만이 담겨있을 뿐 집회를 제한하는 과학적, 객관적 근거 제시는 전혀 없다.

헌법재판소는 “집회의 자유는 집회의 시간·장소·방법·목적 등을 스스로 결정하는 것을 내용으로 하며, 구체적으로 보호되는 주요 행위는 집회의 준비·조직·지휘·참가 및 집회 장소와 시간의 선택 등<sup>4</sup>” 이라고

3 황성기, 청소년보호를 위한 표현물규제시스템의 헌법적 고찰, 헌법실무연구 제2권(2001), p.290 ; 홍기태, 명확성의 원칙에 관한 연구, 헌법논총 제11집, 헌법재판소(2000), p.289

4 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가3·12(병합) 결정, 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2018헌바137 결정 참조

판시하였다. 그리고 “집회 장소를 선택할 자유는 집회의 자유의 실질적 부분을 형성한다<sup>5</sup>”고 하였으며, “누구나 어떤 장소에서 자신이 계획한 집회를 할 것인가를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있어야 하며, 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한, 집회의 자유는 집회장소를 향의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다<sup>6</sup>”고 판시한 바 있다.

그럼에도 이 사건 규정은 기본권 중에서도 민주주의 수호를 위해 핵심적으로 필요한 표현의 자유를 금지에 이를 정도로 강력하게 제한하면서도 제한 또는 금지 사유를 행정부에 전면 위임하였고, 위 법률규정에 등장하는 위임범위는 “감염병을 예방하기 위하여”라는 단 11글자 뿐이다. 즉 집회 참여자에 대한 체온 측정을 실시하고, 집회 주최자는 참여자 명부를 작성하여 2개월간 보관하며, 집회 참여자 모두 마스크를 계속 착용하게 하고, 집회 장소내 2m 이상 거리두기를 이행하는 등 감염병의 전파·확산을 막기 위한 적절한 방법을 취하더라도, 지방자치단체장등의 조치로서 모든 집회를 일률적으로 금지시킬 수 있는 것이다. 그러므로 감염병 예방을 위하여 집회 등 집합을 전면적으로 금지시키는 것은 최소침해성 원칙에 반한다.

더불어 이 사건 제청 대상 법률조항은 ① 적법하게 신고 된 집회에 관하여도 지방자치단체장등의 조치로서 전면적 금지를 할 수 있고 ② 지방자치단체장등이 지정하는 장소 어디에서든지 집회의 자유 행사가 전면 금지되며, 금지되는 기간이 언제까지인지 특정할 수도 없으며, ③ 지방자치단체장등의 조치는 일체의 예외를 두지 않는 ‘집합 금지’가 가능할 뿐만 아

5 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2004헌가17 결정 참조.

6 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67,83(병합) 결정 참조.

나라 ④ 금지되는 집합행위의 의미가 무엇인지 구체적으로 밝히지도 않고 있다. 따라서 국민 건강에 위해(危害)가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지라는 보호하려는 공익과 침해되는 집회의 전면금지라는 사익을 비교형량하더라도 침해되는 사익이 더 크다 할 것이다.

#### 4. 결론 - 감염병 관리와 집회의 자유 보장을 위한 제안

유엔 집회의 자유 특별보고관은 2020. 4. 14. 인권보장을 위한 10가지 핵심원칙을 발표했었는데, 그중 첫 번째 원칙으로 “새로운 법률이나 규정이 채택될 경우 권리에 대한 제한은 적법성, 필요성, 비례성의 원칙에 따라야 하며, 인권과 기본적 자유에 대한 전면적인 제한은 허용되지 않는다”고 이야기 하면서, “위기가 일반적인 권리 또는 평화적인 집회의 자유에 관한 권리를 억압하는 구실이 되어서는 안 된다”고 강조한 바 있다<sup>7</sup>.

이러한 관점에서 보았을 때 향후 발생할 또 다른 감염병 상황에서 집회의 자유를 보장하기 위하여, 이 사건 규정에 대해 다음과 같은 개정을 고려할 필요가 있을 것이다. 우선 집회의 자유는 헌법에 보장하고 있는 기본권으로, 집회의 감염병 전파 가능성에 대한 과학적 논의에 따르면 실외 집회의 경우 전파 위험이 현저히 낮은 것으로 확인되고 있다. 따라서 감염병 예방조치로서 집회의 자체의 “금지”는 목적 달성의 실효성이 떨어지므로 이 사건 규정에서 삭제되어야 할 것이다. 또한 집회의 제한의 경우에도 감염병 예방을 위한 객관적이고 과학적인 근거를 산출하여, 다른 실

내 집합과 형평성 등을 고려한 제한 방식이라는 예측가능하고 명확한 기준을 제시하여야 할 것이다. 마지막으로 전반적으로 형사처벌의 수위를 낮추고, 흥행/제례/집합금지 등 경미한 방역지침 위반 행위는 과태료로 전환하고(역학조사 방해, 흥행/제례/집합 금지), 가중처벌 조항을 삭제하며, 흥행/제례/집합 금지의 주최자와 단순 참가자의 과태료 수준을 차별화 하는 방식 등을 고민하여야 할 것이다.

<sup>7</sup> States responses to Covid 19 threat should not halt freedoms of assembly and association” UN expert on the rights to freedoms of peaceful assembly and of association, Mr. Clément Voule, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25788&LangID=E> (2021. 7. 20. 접속)

## 함께 사는 지구

1. 기후위기와 기후소송 | 이근욱

2. 동물권과 법 : 당사자적격과 이익대변으로서의 후견 | 김도희

## 기후위기와 기후소송

이근옥

## I. 들어가며 - 다양한 형태의 기후 소송

작년 4월, 독일 연방헌법재판소는 독일의 탄소배출 감축 조항이 기후위기를 막기에 불완전하다는 이유로 위헌 결정을 내렸다.

독일 연방헌법재판소 위헌 결정의 주요 내용<sup>1 2</sup>

- 독일 환경단체 - ‘2050년까지 탄소중립을 목표로 [2030년까지 온실가스를 1990년 수준의 55% 감축하겠다]는 내용의 기후변화대응법 조항은 목표 달성에 불충분하다’는 취지의 헌법소원 제기 (2020. 2.)

<sup>1</sup> 사단법인 선, 사단법인 선·강원대 환경법센터 공동심포지엄 <독일 연방헌법재판소 연방기후보호법 위헌 결정>, [http://www.thesun.or.kr/bbs/bbs\\_view.php?subPage=340&idx=2529&page=1](http://www.thesun.or.kr/bbs/bbs_view.php?subPage=340&idx=2529&page=1), 2021. 6. 9.

<sup>2</sup> 리걸타임즈, 2021. 7. 7.자, 「독일 연방헌법재판소 기후소송 위헌결정의 내용과 의의」

- 독일연방헌법재판소 - ‘기후변화대응법의 온실가스 감축목표는 2030년 이후의 기후위기 대응에 대해 충분히 구체적으로 규율하지 않았으므로 높은 온실가스 감축 부담을 2030년 이후의 미래세대에 전가하고 있으며, 미래세대의 자유권을 침해한다. 입법자는 2022년 12월 31일까지 2031년부터의 온실가스 감축 목표를 규정해야 한다.’며 독일 기후변화대응법 조항에 대한 위헌 결정을 내림

위 독일 연방헌법재판소의 위헌 결정은 대한민국의 청소년들이 청구한 헌법소원에도 영향을 줄 것이라는, 최소한 헌법재판관들의 판단에 하나의 단초가 되어줄 것이라는 기대가 있다. ‘청소년기후행동’(지구 평균 온도 상승을 1.5도 이내로 막기 위한 실질적 변화를 만들기 위해 행동하는 청소년 당사자단체)에 속한 청소년 활동가들은 2020. 3. 저탄소녹색성장기본법 조항이 청소년의 생명권, 환경권 등 기본권을 침해한다는 취지의 헌법소원을 청구하였다.<sup>3</sup>

2019년 5월 기준으로 전 세계적으로 1300여건의 기후소송이 보고되고 있다.<sup>4</sup> 해외에서는 기후소송 주범인 정부 또는 기업을 대상으로 손해배상 소송을 제기하는 사례들이 유럽을 중심으로 축적되고 있다. 기후변화에 대한 정부 책임을 인정한 세계 첫 판결은 네덜란드에서 나왔다. 네덜란드 환경 공익재단 ‘우르헨다’와 네덜란드 시민 886명은 2013년, 정부의 온실가스 감축 정책은 기후변화를 막기에 부족하며 국민들의 생존권을 위협한다는 취지로 위법행위확인소송을 제기하였고, 네덜란드 법원은 ‘기후위

<sup>3</sup> 청소년기후행동, 헌법소원 심판청구서, <https://youth4climateaction.org/climate-litigation/?q=YToxOntzOjE5OjIjZlI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsJr9&bmode=view&idx=6898881&t=board>, 2020. 3. 13.

<sup>4</sup> 이투데이, 2019. 7. 8. 자, 「기후변화 대응 실패한 정부·기업 법정 선다」

기가 국민의 생명과 복지에 미칠 위험을 고려하면 기후위기 대응은 정부의 의무이며, 정부가 기후 관련 협약을 충실하게 이행하지 않는 부작용은 인권침해에 해당한다. 정부는 온실가스 배출량 하한선을 상향해야 한다’는 결론을 냈다.<sup>5</sup> 프랑스에서는 기후위기 대응책임을 제대로 이행하지 않은 정부가 원고(그린피스 프랑스, 옥스팜 프랑스 등 환경단체)에게 ‘1유로’를 상징적으로 배상하라는 판결이 있었으며,<sup>6</sup> 네덜란드에서는 석유회사 ‘셸’로 하여금 2030년까지 탄소배출량을 2019년 대비 45% 감축하라는 판결이 있었다.<sup>7</sup> 또한 기업의 탄소배출에 반기를 들며 직접 행동을 개시했다가 기업으로부터 피소를 당한 경우도 있는데,<sup>8</sup> 필자가 아래에서 소개하고자 하는 소송도 이런 경우이다. 이른바 ‘기후 시위’에 대한 국내 첫 판결 사례이다.

## II. 두산중공업의 그린워싱에 반기를 들다

### 1. 사건 개요

두산중공업 로고의 색깔에 대해 궁금해 한 적이 있는가? 두산중공업 본사 앞에 전시된 무채색의 ‘DOOSAN’ 로고에 초록색 수성페인트를 뿌린 사실로 인해 재물손괴죄, 집회및시위에관한법률위반죄로 기소되어 1심에서 벌금 총 500만원을 선고받고 동시에 두산중공업에게 1840만원의 손해

<sup>5</sup> 중앙일보, 2020. 2. 18. 자, 「“기후변화 정부 책임” 세계 첫 판결, 네덜란드 정치 바꿨다」

<sup>6</sup> 경향신문, 2021. 2. 4. 자, 「“기후변화 피해 정부가 배상” 프랑스 1유로 소송의 의미」

<sup>7</sup> 한겨레, 2021. 5. 27. 자, 「네덜란드 법원, 석유기업에 탄소 45% 줄이라 명령... 한국은?」

<sup>8</sup> 한국경제, 2020. 1. 14. 자, 「스위스 법원, ‘테니스 퍼포먼스’ 기후 활동가에 무죄 선고」

배상청구소송 피소를 당한 활동가들이 있다(2022. 3. 현재 형사소송은 항소심, 민사소송은 1심 진행 중이다). 이들은 ‘청년기후 긴급행동’이라는 단체에서 활동한다.

청년기후 긴급행동 활동가(강○○, 이○○)들은 2021. 2. 18. 11:50 경 분당두산타워 앞에 설치되어 있는 ‘DOOSAN’ 조형물에 녹색 수성스프레이를 뿌렸고, 그 직후 DOOSAN 로고 위에 올라가 [Shame on DOOSAN ‘최후의 석탄발전소 내가 짓는다!’ -두산중공업-] 문구가 쓰인 현수막을 들고 “두산중공업에서 시공을 책임지고 있는 베트남 석탄화력발전소를 짓는 것에 대한 문제를 제기하러 이 자리에 왔습니다” “기후위기 시대에 그린뉴딜 최대 수혜기업으로 선정되고 친환경 인프라를 구축하겠다고 이야기하는 두산중공업이 석탄화력발전소를 새로 짓고 있는 상황에 저희는 더 이상 묵인할 수 없습니다”라고 외치면서 3분 여간 발언을 이어나갔다.



두산중공업 앞에서 발언 중인 청년기후 긴급행동 활동가들

위와 같은 행위로 인해 활동가들은 1심에서 각각 200만원, 300만원의 벌금을 선고받고 항소심 중이며, 위 형사소송과 별개로 두산중공업은 ‘DOOSAN’ 로고를 훼손했다는 이유로 활동가들에게 1840만원의 손해배상금을 청구하였다.

## 2. 두산중공업의 그린워싱: 해외 석탄화력발전소 건설

기업이 실제로는 환경에 악영향을 끼치는 제품을 생산하면서도 광고 등을 통해 친환경적인 이미지를 내세우는 행위를 ‘그린워싱’이라 한다. 그렇다면 두산중공업은 어떠한 그린워싱을 저질렀길래, 활동가들이 처벌을 각오하면서까지 위와 같은 퍼포먼스를 한 것일까.

두산중공업은 친환경 에너지를 홍보한다. ‘지속가능한 미래를 위한 에너지 솔루션 신사업’이라는 모토 하에 전국 곳곳에 풍력발전소, 태양광발전소를 짓고 있다. 이러한 공을 인정받아 그린뉴딜 풍력발전 수혜기업으로 선정되기까지 했다. 그런데 동시에 베트남과 인도네시아에서 석탄화력발전소를 짓고 있다. 베트남의 하띤성 지역에는 이미 ‘봉양1 석탄화력발전소’가 존재하며 이로 인해 현지 주민들이 수질오염과 각종 희귀병에 시달리는데도 불구하고 ‘봉양2 석탄화력발전소’ 건립이 확정되었고, 삼성물산과 두산중공업이 시공사로 선정되어 2021. 3. 공사에 착수하였다.<sup>9</sup>

봉양2 석탄화력발전소가 가동되어 1년 동안 배출될 탄소의 양은 약 660만 톤이며, 한편 대한민국 정부는 2021-2025년 5년 동안의 탄소 배출 감

<sup>9</sup> 한국일보, 2020. 10. 29. 자, 「"당신들 나라라면 이럴 수 있나"...美중도 물러선 석탄발전 강행하는 한진」



축 목표량을 1,229만 톤으로 설정했고<sup>10</sup> 온실가스 감축에 투입하는 예산을 73조4000억 원으로 책정했다.<sup>11</sup> 극적으로 말하자면 대한민국 정부는 5년간 1,229만 톤의 탄소 절감을 위해 거대 규모의 국책예산을 투자하였으나, 2년간 봉양2 석탄화력발전소를 가동한다면 목표치만큼의 탄소가 여지없이 배출되므로 투자의 효용이 전혀 없게 된다.

코로나19는 재난 앞에 국경은 없다는 것을 여실히 보여주었다. 탄소배출로 인한 기후위기도 마찬가지로, 국경을 가리지 않는다. 베트남 석탄화력발전소에서 배출될 막대한 양의 탄소는 지구 전체를 덮히는 온실가스로서 2050년까지 전 세계 탄소배출량을 0으로 만들자는 세계적 합의를 이행하는 데에 큰 방해가 될 것이다.

### 3. 청년기후긴급행동의 직접 행동 개시

청년기후긴급행동 활동가들은 봉양2 석탄화력발전소의 착공을 막기 위해 필사적으로 노력했다. 설계, 조달, 시공사업자인 두산중공업과 삼성물산을 비롯하여 봉양2 석탄화력발전소 건립에 가담한 한국전력공사(투자), 한국수출입은행, 하나은행(금융지원)에 공개질의서를 보내고, 각 사옥 앞에서 성명서를 낭독하고, 한국전력 본사 앞에서 기자회견을 했다.<sup>12</sup> 하지만 일련의 행동들은 기업과 여론의 주목을 받지 못했고, 2021. 3. 으로 예정된 착공 예정일은 코앞으로 다가왔다. 마침내 이들은 2021. 2. 봉양2 석

<sup>10</sup> 에너지타임뉴스, 2020. 10. 05. 자, 「이소영 의원, “한전의 베트남 봉양2 석탄발전 투자 결정 즉각 철회해야”」  
<sup>11</sup> 조선비즈, 2020. 7. 16. 자, 「정부, 그린뉴딜에 73조원 쓴다는데...환경단체 “그린 없는 뉴딜”」  
<sup>12</sup> 윤석 청년기후긴급행동 활동가, 「그들의 마지막 석탄발전소, 『생태전환매거진 바람과 물』 2021 여름호, 2021. 169쪽

탄화력발전소 시공을 막기 위한 직접 행동으로서 그린워싱 퍼포먼스를 하게 된다.

청년기후긴급행동은 큰 조직을 거느리고 위계적으로 움직이기보다는 아이디어를 중심으로 기후위기에 관한 메시지를 효과적으로 전하기 위해 노력하는 단체로 보인다. 또한 이들은 명분만을 강조하기보다는 하청 노동자들의 수고를 나누어 분담하려 했다. 청년기후긴급행동 활동가들은 ‘DOOSAN’ 조형물에 초록색 수성스프레이를 뿌린 직후 신고를 받고 경찰서로 임의동행하기 전까지 물과 타월로 스프레이자국을 지웠다. 활동가들은 미화원들이 추운 날에 페인트 얼룩을 지우는 수고를 하는 것에 대해 죄송한 마음이 컸다고 고백했다. 그럼에도 청년기후 긴급행동 활동가들이 페인트를 뿌린 이유는, 활동가들의 이 사건 행동이 그 자체로 ‘그린워싱’을 표현한 것이기 때문이다. 초록색 수성페인트를 ‘DOOSAN’에 뿌린 뒤 (그린), 이를 물로 지워내는 퍼포먼스(워싱)는 그린워싱을 의미한다.

## Ⅲ. 기후위기와 탄소중립

### 1. 기후위기가 지구에 미치는 영향

기후위기에 대해 본격적으로 논하기 이전에, 지구온난화를 일으키는 온실가스(이산화탄소, 메탄, 아산화질소, 수소불화탄소, 육불화탄소 등) 중 이산화탄소가 온실효과에 기여하는 비중이 가장 크며, 이산화탄소를 발생시키

는 가장 주요한 원인은 화석연료(석탄, 석유)<sup>13</sup>라는 점을 우선 짚어둔다.

세계기상기구(WMO)의 「2020 세계 기후보고서(The State of the Global Climate 2020)」에 의하면 세계 평균 기온은 산업화 이전(1850-1900)에 비해 약 1.2℃ 높아졌다.<sup>14</sup> 온실가스 배출이 현재 속도로 진행된다면 2100년 쯤에는 지구 평균 온도가 4℃ 이상 상승할 것이라고 예측 된다.<sup>15</sup>

기온이 2℃ 상승하면 빙상이 붕괴되고, 적도 지방 주요 도시에서 사람이 살 수 없을 뿐 아니라 매 폭염이 지금보다 5배 더 오래 지속되어 93배의 사람들이 폭염 위험에 노출된다는 연구결과가 있으며, 3℃ 상승할 경우 남부 유럽은 영구적 가뭄에 시달리고, 북부아프리카의 건기가 5년 증가하며, 매년 들불과 산불로 불타는 지역이 지중해 지역에서는 2배, 미국에서는 6배 이상 늘어날 것이라고 한다.<sup>16</sup>

기후위기로 인해 종전에 자연재해 또는 재난이라고 불렸던 기상현상들이 ‘날씨’가 되어버리는 것이다. (지구온도 상승으로 인해 폭염, 해수면상승, 산불, 가뭄 등 이른바 ‘기후재난’이 발생하는 매커니즘에 대하여는 『2050 거주불능 지구』 2부 〈12가지 기후재난의 실제와 미래〉를 참고할 것을 권한다.)

13 기상청 종합 기후변화감시정보, 소개 > 대기조성, [http://www.climate.go.kr/home/09\\_monitoring/intro/co2\\_intro](http://www.climate.go.kr/home/09_monitoring/intro/co2_intro), 검색일: 2022. 3. 30.

14 녹색아카데미, 세계기후보고서 2020-UN세계기상기구, <https://greenacademy.re.kr/archives/9920>, 2021. 4. 23.

15 YTN 사이언스, 2021. 12. 28. 자, 「[날씨학개론] “세기말에 지구 온도 4℃ 상승”...기후 재앙 막으려면?」

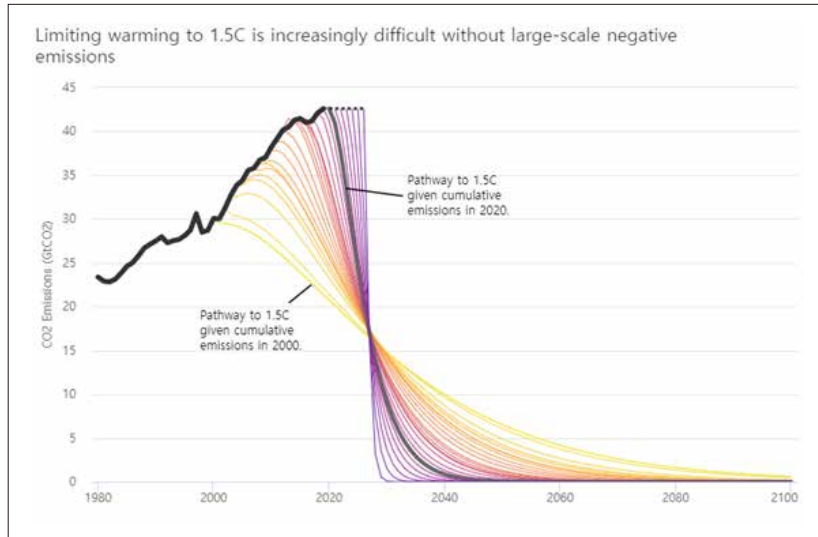
16 데이비드 윌러스 웰즈 지음, 김재경 옮김, 『2050 거주불능 지구』, 2020, 30-31쪽

## 2. 국제사회의 ‘탄소중립’에 대한 합의

‘탄소중립’이라는 용어는 어느덧 익숙하다. ‘탄소중립위원회’ ‘탄소중립기본법’ 등 〈탄소중립〉이 포함된 각종 법과 제도가 생겨나고 있다. 탄소중립 정책의 배경은 국제사회의 합의에서 비롯된다. 대한민국을 포함한 195개국이 가입한 유엔기후변화협약(UNFCCC)의 최고 의사결정기구인 유엔기후변화협약 당사국총회(COP)는 2015. 12. 총회에서 ‘지구온도를 산업화 이전 대비 2℃ 상승 이하로 억제하고, 나아가 1.5℃ 상승 이내로 유지하도록 한다’는 내용의 “파리협정”을 체결하였다. 또한 ‘기후변화에 관한 정부간 협의체(IPCC: Intergovernmental Panel of Climate Change)’ 2018. 10. 인천 송도에서 총회를 열었는데, 여기에 참석한 유엔기후변화협약 당사국 195개국은 ‘지구 평균 온도 상승폭을 1.5℃ 이내로 하기 위해 2050년까지 탄소 순배출 0 달성, 2030년까지 전 지구적 탄소배출량을 절반으로 감축한다’는 탄소중립 목표에 만장일치로 합의하였다.

UNEP(UN Environment Programme)의 연구(2020)에 의하면, 만일 탄소배출량이 2000년에 정점에 이르렀고 이후 감소하기 시작했다면 1.5 목표를 달성하기 쉬웠을 것이고 매년 약 3%만 감축했다면 될 것이나, 2020년에 정점에 이르렀다면 2040년까지 매년 약 14%를 감축해야 한다 (아래 그림 참조).<sup>17</sup> 만일 2020년 이후에도 탄소배출량이 늘어난다면 탄소 절감을 위한 미래세대의 부담은 더욱 더 막대해진다.

17 CarbonBrief, UNEP: Net-zero pledges provide an ‘opening’ to close growing emissions ‘gap’, <https://www.carbonbrief.org/unep-net-zero-pledges-provide-an-opening-to-close-growing-emissions-gap>, 2020. 12. 9.



출처 : CarbonBrief(2020. 12. 9.)

국제기구뿐만 아니라, 세계과학자연합(Alliance of World Scientists) 역시 2019. 11. <기후변화 비상선언>을 하였으며, 기후변화 완화를 위해서는 화석연료를 저탄소 재생에너지로 대체하고 나아가 탄소 없는 경제로 전환하여 생물권에 대한 인간의 의존을 해결해야 한다는 내용이 포함된 ‘기후변화 완화를 위한 긴급 행동지침 6가지’를 발표하였다.<sup>18</sup>

### 3. 에너지 분야의 개혁 : 화석에너지 비중 대폭 축소의 당위성

탄소배출량을 경감시키기 위해서는 식습관에서부터 에너지 정책까지 다방면의 개혁이 필요하다. 식습관의 경우, 육식으로 인해 소, 돼지가 대량 사육되고, 육식산업으로 인해 배출되는 메탄가스(동물의 몸에서 배출

<sup>18</sup> The Science Times, 2019. 11. 6.자, 「과학자 1만 명, 기후변화 비상선언」

와 이산화탄소(육식 수출입으로 인한 탄소자국)가 탄소중립을 가로막고 있다는 이유로 채식이 지향되고 있는 추세이다. 식습관이나 자원 순환의 경우 개인의 선택과 행동에 어느 정도는 맡겨야 하는 영역이지만, 에너지 분야는 국가 차원에서 개혁을 단행해야 할 문제이다. 특히 대한민국의 경우 총 온실가스 배출량의 87%가 에너지 부문에서 발생하고 있다.<sup>19</sup>

「IPCC 1.5℃ 특별보고서」는 기후상승 1.5℃ 목표를 달성하기 위한 주요 방안으로 ‘전력의 70-85%를 재생에너지로 공급하고, 화석연료 비중을 대폭 축소할 것’을 제시하였다. 석탄화력발전소를 가동함에 따라 막대한 양의 온실가스가 배출되는 바, 석탄화력발전소의 폐쇄는 거스를 수 없는 세계적인 흐름이다. 이제는 글로벌 금융기관도 ‘탈석탄’을 선언하고 석탄산업에 대한 투자를 중단하고 있다. 베트남 봉양2 석탄화력발전소 역시 영국 스탠다드차타드은행, 싱가포르 OCBC 은행이 투자를 철회한 사업이었다.

### IV. 나오며 - ‘기후시위’에 대한 첫 판결 선고를 앞두고

청년기후 긴급행동 활동가들에 대한 1심 판결문은 “피고인들이 사전 계획 하에 실행한 미신고 옥외집회나 타인의 재물 손괴 등 범죄는 어떤 이유로도 정당화될 수 없다. 그럼에도 피고인들은 목적의 정당성만을 부르짖으며 이를 실현하고자 선택한 범죄에 대하여는 반성하거나 죄책감을 느끼는 기색이 전혀 없다(…)”고 양형이유를 밝혔다. 우리는 2심에서 기후시

<sup>19</sup> 통계청 국가지표체계 K-indicator, 국가발전지표 > 기후변화와 에너지 > 온실가스, <https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=4288>, 2022. 1. 3.

위의 정당성을 피력하고자 피고인들의 행위에 관한 정당행위 주장을 추가하였다. 한국의 5년치 온실가스 감축목표량을 상회할 정도로 대량의 탄소를 배출하는 봉양2 석탄화력발전소 건립을 저지하기 위한 그린워싱 퍼포먼스는 목적의 정당성, 수단의 적합성뿐만 아니라 보호이익과 침해이익간의 법익균형성, 긴급성, 보충성을 두루 충족한다는 취지이다.

청년기후 긴급행동 활동가이자 이 사건 피고인들은“현행법은 회사 앞에 설치된 조형물과 같은 사유재산을 보호하는 데에는 효과적일지는 몰라도, 우리 모두의 터전인 지구 생태계를 보살피는 데에는 총체적으로 실패하고 있습니다. 국경을 초월하는 대기업의 영리활동이 생태계, 지역사회, 기후위기에 미치는 피해를 목격한 우리들의 분노는 어디로 향해야 정당했을까요?”라고 묻고 있다. 기후위기의 심각성을 최전선에서 분석하며, 기후위기 대응 흐름에 정면으로 거스르는 석탄화력발전소 건설을 규탄하기 위해 비폭력 직접행동을 수행한 것에 대하여 과연 우리 법원은 어떠한 판단을 할 것인가? ‘자본과 권력을 가진 정부와 기업에 기후위기 책임을 물어야 한다’는 기후정의 원칙을 따른 세계 각국의 기후소송 판례들을 참고하여, 우리 법원 역시 희망적 결론을 내리기를 기대해본다.

함께 사는 지구 2
<h2 style="margin: 0;">동물권과 법 : 당사자적격과 이익대변으로서의 후견</h2>
김도희

### I. 한없이 태블릿에 가까운

형법 제366조(재물손괴등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 기 효용을 해한 자는 3년이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

동물권이라더니 생뚱맞게 재물손괴라니 싶겠지만, 꽤 최근까지도 재물손괴는 동물 관련 사건과 아주 밀접한 관계를 맺고 있었고, 강도는 다소 약해졌을지언정 그 관계는 여전히 지속되고 있다. 무슨 말이나면, 동물학대 사건을 고발할 때 형법 제366조는 약방의 감초처럼 빠지지 않는 ‘적용법조’였다는 말이다. 그 연원을 거슬러 올라가면 민법까지 가는데, 제98조<sup>1</sup>를 비롯한 몇몇 조항들을 조합하면 자연인도 법인도 아닌 동물은 ‘유체물’인 ‘물건’이 된다.

<sup>1</sup> 제98조(물건의 정의) 본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 말한다.

사정이 이러하니, 동물을 폭행하거나 죽이면 손괴죄가, 동물을 납치(약취, 유인, 매매, 이송)하면 절도죄가 적용되고, 동물을 성학대하면 형법상 적용할 수 있는 조항은 없다. 그러면 처벌을 못한다는 것인가? 그렇지 않다. 우리에게서 역사와 전통이 살아 숨쉬는 ‘동물보호법’이 있다. 우스갯소리가 아니라 1991년에 제정되었으니 그 역사가 벌써 30년을 넘어서고 있다. 시민들의 의식수준에 비해 앞선 법이 나올 수 있었던 배경에는 올림픽이나 아시안게임같은 국제행사가 있었다. ‘개고기 먹는 야만국’이라는 손가락질을 의식한, 조항 12개짜리 급조한 법이라는 인상을 지우기 어렵지만 당연히 없는 것보다야 나았다. 동물학대를 규정하고 있고, 그에 대한 처벌규정도 있었다.

그런데 왜, 동물보호법이 아닌 재물손괴를 적용한단 말인가? 답은 생각보다 단순한데, 재물손괴의 법정형이 동물학대의 그것보다 더 높았기 때문이다. 재물손괴의 법정형이 ‘3년이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금’인데 반해, 동물학대의 법정형은 지난 해까지 ‘2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금’이었다(동물보호법 제정 당시에는 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료였다). 극히 최근이야 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’으로 상향되어 겨우 태블릿의 지위를 따라잡았다. 결국 동물학대를 재물손괴로 고발한 것은 조금이라도 처단형이나 선고형을 높게 받아 보고자 했던 고발인들의 눈물겨운 분투였던 것이다.

## II. 동물의 비非물건화를 선언한 민법 개정안

물론 관심이 있는 분들이라면 지난 해 동물의 법적 지위와 관련해 민법 개

정안이 국무회의를 통과한 소식을 접했을 것이고 그 내용은 아래와 같다.<sup>2</sup>

현행	개정안
〈신설〉	제98조의2(동물의 법적 지위) ① 동물은 물건이 아니다. ② 동물에 대해서는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 물건에 관한 규정을 준용한다.

반가운 소식이지만 그렇다고 놀랍도록 새로운 시도는 아니다. 오스트리아 민법 제285a조(1988), 독일민법 제90a조(1990), 스위스민법 제641a조(2003), 프랑스민법 제515-14조(2015) 등에서 이미 유사한 규정들을 두고 있다.<sup>3</sup> 어찌됐든 환영할만한 일이지만, 그에 더해 몇 가지를 함께 짚어 볼 필요가 있다.

첫째, 이 법안이 법무부 내 ‘사공일가(사회적 공존을 위한 1인가구) TF’에서 제안되었다는 점이다. 동물보호과가 있는 농림축산식품부도 아니고, 생물다양성과가 있는 환경부도 아니고, 하물며 식약처가 있는 보건복지부도 아닌 법무부, 그것도 1인가구의 사회적 공존을 위한 법제도 개선을 논의하는 TF에서 나온 것이라니, 1인가구가 혼자 지내기 외로워서(2021.9. 기준 40% 돌파) 반려동물과 가족처럼 생활하니, 반려동물에 대한 처우도 달라져야 한다는 발상에서 나왔을 가능성이 크다. 나쁘게만 볼 것은 아니

<sup>2</sup> 2022. 4. 현재 아직 국회 계류중

<sup>3</sup> 가령, 독일 민법 제90a조 ‘동물은 물건이 아니다. 그들은 특별법에 의해 보호된다. 특별한 규정이 없는 한 물건에 적용되는 규정이 적용된다’ 프랑스 민법 제515-14조 ‘동물은 감정을 지닌 생명체이다. 동물은 이를 보호하는 법률을 제외하고는 물건의 법률관계에 따른다’ 등

지만, 이 법을 통해 그나마 처우가 개선될 동물은 (인간 보호자가 있는)반려동물에 그칠 확률이 높다.

둘째, 위의 우려가 더욱 현실적으로 다가오는 까닭은 “법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 물건에 관한 규정을 준용한다”는 개정안 제98조의2제2항 때문이다. 이 유보조항은 “동물은 물건이 아니다”라는 문구가 선언적 규정에 지나지 않는다는 비판이 나오는 이유이기도 하다. 실제로 동물을 물건이 아닌 존재로 처우하기 위해서는 개별 법률에서 권리 변동에 관한 구체적 규정을 두어야 한다는 뜻으로 해석된다. 위 TF에서는 반려동물을 강제집행 대상에서 제외하는 법안, 반려동물의 피해에 대해 교환가치를 넘는 치료비와 위자료를 인정할 수 있는 법안을 특별히 규정하도록 제안하였다. 이에 따라 변호사업계에서도 주로 반려동물과 관련하여 보험, 수의료, 상속, 신탁 등을 다루는 곳들이 부산해지고 있다.<sup>4</sup>

셋째, 법무부에서는 이에 썩기를 박기라도 하듯, “동물이 법체계상으로 여전히 권리의 주체가 아니라 권리의 객체”라고 밝혔는데, 개정 조항이 동물에게 법인격을 부여할 디딤돌이 되어 권리의 ‘주체’로 자리매김하는 기회가 되지 않을까 기대했던 사람들에게는 실망스러운 활자였음이 틀림없다. 현재는 그저 ‘살아있는 물건’ 정도로 권리의 객체 지위를 유지할 것이라는 전망이 지배적이다. 학교, 교회, 회사와 같은 관념적 산물에 법인격이 주어진지 오래인데다, 동물에게 법인격을 인정할 것인가는 세계

<sup>4</sup> 예컨대, 동물이 물건과 차별화되는 생명체로 인정되면, 교통사고로 동물을 살상한 경우 가해자가 부담하는 손해배상책임의 범위가 현저히 달라질 수 있으며 이는 책임보험에서 보험금 지출 증가로 이어질 수 있음. 또한, 동물에 대한 압류가 금지·제한되는 경우, 보험회사의 채권이나 구상권 행사에 영향을 줄 수 있음. 양승현, 「민법상 동물의 비물건화(非物件化)를 위한 입법론과 보험업 관련 영향 검토」, 『보험법 리뷰』 제12호, 보험연구원, 2021. 7쪽

적으로 볼 때도 동물권 운동을 설명하는 하나의 특이점이 된다. 동물에게 권리능력(권리주체성)이 있음을 보수적인 법에서 받아들이는 것은 동물권 운동의 중요한 신호이자 지표가 될 수 있기 때문이다. 실제 외국에서는 동물을 소송주체로 하는 기획소송들이 꾸준히 수행되고 있고, 일정한 성과도 나타나고 있다.

### Ⅲ. 국내에서의 동물 법인격 소송 경과

국내에서도 동물에게 법인격을 인정할 것을 주장하는 소송은 끊임없이 제기되었고, 그것은 주로 서식지 보존을 위한 맥락에서 이루어졌다. 국내에서 동물 법인격 소송으로 가장 유명했던 것은 아무래도 2003년 천성산 지역 터널공사에 대한 공사착공금지가처분 사건일 것이다. 이 소송의 원고는 ‘도롱뇽과 친구들’이었는데, 대법원은 “자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 이 사건을 수행할 당사자 능력을 인정할 수 없다(대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148, 1149(병합) 결정)”고 하였다.

얼마 지나지 않아 비슷한 사건들이 연이어 제기되고, 또 각하된다. 황금박쥐, 관코박쥐, 수달, 고니, 장님굴옆새우, 안락뽕등이, 등줄굴노래기 7종의 동물 등이 충주 가금-칠금 도로확장포장공사 구역 결정처분 등 무효확인을 구한 사건에서도 “설사 원고들의 당사자능력을 인정하여 해도 원고들이 주장하는 쇠꼬지 폐갱도 내에는 여러 개체의 황금박쥐 등이 서식하고 있는데 그 중 어느 황금박쥐 등이 이 사건 소송을 제기하는 것인지 특정되지도 아니하고, 그 황금박쥐 등이 위 쇠꼬지 폐갱도 내의 황금박쥐 종 전부를 대표한다고 볼 근거도 없다(청주지법 2008. 11. 13. 선고 2007구

합1212 판결)”고 하였다. 다만, 재판부는 “행정청의 처분으로 인하여 천연기념물이 멸종되는 경우에는 그러한 천연기념물이 스스로 소송을 제기할 수 없는 이상 누군가는 사법부에 처분의 위법 여부를 판단해 달라고 소송을 제기할 수 있어야”한다고 하면서 “누구에게 어떠한 조건 아래 이를 인정할 것인지는 입법적으로 해결하여야 한다”고 함으로써 자연물(동물)이 소송할 수 있는 입법론을 짚기도 하였다.

군산 지역 복합화력발전소 공사계획 인가처분에 대한 가처분취소 사건에서도 검은머리물떼새가 원고로 등장하였으나, “검은머리물떼새는 자연물이고, 비록 자연 내지 자연물에 대한 보호 필요성이 크지만 그 자체에 대해 당사자 능력을 인정하고 있는 현행 법률이 없으며, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 않기 때문에 검은머리물떼새에게는 당사자 능력이 있다고 할 수 없다(서울행법 2010. 4. 23. 선고 2008구합29038 판결)”고 하였다.

가장 최근에는 설악산에 오색케이블카를 설치하기 위한 천연보호구역의 현상변경을 허가하자, 국가지정문화재 현상변경허가처분취소를 구하기 위해 산양 28마리가 후견인 박모씨와 함께 문화재청을 상대로 소송을 제기했다. 여기서도 재판의 쟁점은 자연물인 동물이 소송 주체가 될 수 있느냐였다. 그러나 “소송당사자가 자기 이름으로 재판을 청구하거나 소송상의 효과를 받을 수 있는 자격을 말하기 때문에 동물을 원고로 인정할 수 없다(서울행법 2019. 1. 25. 선고 2018구합2230 판결)”고 함으로써 산양의 소송당사자 능력을 부정하였다.

이렇듯 동물의 법인격을 검토함에 있어 법원은 20여 년 간 일관되게 현행법과 관습법에서만 근거를 찾고 있다. 그러나 법적 판단의 근거는 그뿐

만이 아니다. 국내법과 동일한 효력이 있는 국제법이 있고, 조리도 법원 法源이 될 수 있으며, 외국의 입법례나 판례 등을 참고할 수도 있다. 흥미로운 것은 그 연유는 알려져 있지 않으나 국내에 부동산을 소유하는 나무가 이미 존재하고 있다는 사실이다. ‘석송령’은 수령이 무려 600년이나 된 소나무로 경상북도 예천군에 서식하는 천연기념물 제294호이다. 1927년에 이 마을에 살았던 이수목이라는 사람이 이 소나무가 있는 주위 토지 1천여평을 ‘석송령’ 소유로 등기를 하였는데 이것이 받아들여진 것이다. 이후 ‘석송령’은 지금까지 소유 부동산에 대해 종합토지세를 내는가 하면 이 토지에서 생기는 금전적 이익을 모아 장학금을 조성하여 학생들에게 주고 있으며, 매년 정월 대보름이면 ‘석송령’에 마을의 평화를 비는 제사를 지내고 있다고 한다.<sup>5</sup>

#### IV. 외국에서의 동물 법인격 소송 경과<sup>6</sup>

외국에서 동물의 법적지위에 대한 논의는 더욱 첨예하다. 미국의 동물권 변호사로 명성이 높은 스티븐 와이즈 Steven wise는 제인 구달, 피터 싱어 등 철학자, 생물학자, 활동가 등 각계의 전문가들을 모아 1996년 ‘비인간권리프로젝트 Non-human Right Project’를 발족했다. 이들은 대형 유인원, 코끼리, 아프리카 회색앵무, 고래목과 같이 높은 지능 뿐 아니라 자의식이 있고, 복합적인 의사소통 능력을 보이며, 다른 개체의 마음을 추론하는 ‘마음 이론’의 일부 또는 모든 요소를 가지고 있는 동물들과 함께

<sup>5</sup> 국가문화유산포털, 예천 천향리 석송령 문화재 설명 [http://www.heritage.go.kr/heri/cul/culSelectDetail.do?ccbaCpno=1363702940000&pageNo=1\\_1\\_2\\_0](http://www.heritage.go.kr/heri/cul/culSelectDetail.do?ccbaCpno=1363702940000&pageNo=1_1_2_0) 최종접속일 2022. 3. 30.

<sup>6</sup> 김도희 외 5인, 「비인간동물의 법적 지위와 보호방안 - 고래와 동물원수족관법을 중심으로-」, 『제5회 인권연구분야 연구 결과 보고서』, 서울지방변호사회 프로보노센터, 2021, 49-51쪽을 토대로 수정·가필

한다. 법원으로부터 이들의 ‘인격성(personhood)’을 인정받기 위해 연구, 저술, 캠페인, 교육 등 다방면으로 활동하면서 동물의 권리능력에 대한 인식을 확산시킨다. 이들은 28년만인 2013년, 침팬지인 ‘허쿨리스’와 ‘리오’, ‘토미’, ‘키코’에 대해 인신보호영장(habeas corpus)<sup>7</sup>를 청구하였는데, 이 때 침팬지가 학대당하고 있는지, 적절한 환경에서 지내고 있는지에 집중하기보다 침팬지가 법인격체이며, 억류(감금)는 그들의 권리를 침해하는 행위라는 점을 강조했다. 코끼리, 범고래, 회색앵무, 침팬지 등이 인간에 필적하는 지능과 감정, 소통능력을 가진 존재라는 내용으로 전 세계의 권위 있는 과학자들의 진술을 모아 제출하기도 했다.

그들은 법원으로부터 침팬지들을 플로리다에 있는 넓은 보호시설인 ‘세이브더침프스(save the chimps)’로 보내라는 명령을 얻고자 했지만 결과는 모두 기각되었고, 범고래, 코끼리 역시 결과는 다르지 않았다. 개인 소유였던 ‘토미’와 ‘키코’에 대해서는 “동물은 인신보호영장에 의한 구제를 목적으로 인격체로 여겨진 적이 없으며, 주법이나 연방법상에서 명확히 인격체나 권리능력의 주체로 여겨진 적이 없다. 침팬지에게는 권리에 수반되는 책임을 수행할 능력이 없다. 침팬지를 포함한 동물들에게 어느 정도의 보호를 제공하는 다른 법 조항이 존재한다”는 이유로 기각되었다. 다만 침팬지를 위한 법적 보호를 강화하도록 입법부를 설득해보라고 조언하였다. 대학 실험실에 있던 ‘허쿨리스’, ‘리오’ 역시 기각되었다. 그러나 이 사건을 다룬 영화 <철장을 열고(Unlocking the Cage, 2016)>가 반향을 일으키

고 이후 여론의 압박이 커지자, ‘허쿨리스’와 ‘리오’가 있던 연구소는 그들이 ‘보유’하고 있던 220마리 침팬지 모두를 조지아의 침팬지 보호구역으로 이주시켰다.

아르헨티나에서도 비슷한 움직임이 있었다. 1993년 과학자와 활동가들이 ‘대형유인원프로젝트 Great Ape Project’을 발족하고, 대형 영장류에 대해 생명권과 자유권, 물리적 가혹 행위를 당하지 않을 권리를 기본권으로 제시했다. 30년 뒤인 2013년 부에노스아이레스 동물원에서 20년을 갇혀 지낸 오랑우탄 ‘샌드라’에 대해 인신보호영장을 청구했고, 재판관 전원은 “(샌드라가) 비인간인격체로서 일정을 기본권을 가지며, 그 중에는 자유를 누릴 권리, 억류의 고통을 당하지 않을 권리가 포함된다”는 데 동의하고 그녀를 보호구역으로 이송해야 한다고 판시했다. 그리고 2016년 부에노스아이레스 동물원은 “이러한 억류 상황이 동물들에게 굴욕적”이라고 선언하며 완전히 폐장되었다. 다만, 이 때의 권리는 “인간에 의해 잔혹 행위를 당했을 때로 한정한다”는 단서가 달렸다. 그러나 2016년 멘도사 동물원에서 20년을 갇혀 지낸 침팬지 ‘세실리아’에 대해 제기된 소송에서는 “(세실리아를) 6개월 내에 침팬지 보호구역을 옮길 것”을 명령했고, “동물을 물건으로 분류하는 것은 옳은 기준이 아니”라고 결론내면서 동물을 보편적인 차원에서 비인간인격체로 확인하였다. 멘도사주 법원은 “(동물이 비인간인격체라는 것은) 동물에게 인간과 동일한 권리를 부여하느냐의 문제가 아니라, 그들이 살아 있고, 지각하는 존재로서 법인격을 가진다는 사실, 그리고 그들이 각자의 종에 적합한 환경에서 나고 살고 자라고 죽을 기본적인 권리를 가진다는 사실을 확정적으로 수용하고 이해하느냐의 문제”라고 실시하였다.

7 ‘당신에게는 신체가 있다(that you may have the body)’는 뜻의 라틴어이며 주로 ‘인신보호영장’으로 번역한다. 국내에도 비슷한 제도로 ‘인신보호제도’가 있다. 인신보호법에 의하면 위법한 행정처분이나 개인에 의해 부당하게 수용시설에 갇혀 있는 개인 또는 그 법정대리인·후견인·배우자·직계혈족·형제자매·동거인·고용주, 수용시설 종사자 등은 피수용자를 수용하고 있는 시설의 장 또는 운영자를 상대로 법원에 인신구제청구를 할 수 있다. 인신구제청구가 인용되면 청구인은 즉시 수용해제된다.



인도의 경우, 황소를 확대하여 길들이는 인도 전통 행사인 ‘잘리카투’<sup>8</sup>의 위법성을 묻는 소송에서 인도 헌법 제21조의 보호대상을 모든 동물로 확대하는 판결을 내렸다. 황소가 “건강하고 청결한 환경에서 살아가고, 인간에게 매맞거나 차이거나 극심한 고통을 당하지 아니하고, 억지로 술을 마시거나 균중의 고함과 야유에 둘러싸인 채 좁은 구획 안에서 있도록 강요받지 아니할 헌법상의 권리를 가진다”고 하였다. 이후 인도에서는 코끼리, 개, 닭, 말, 조류와 관련한 다른 소송이 차례로 제기되었다. 서커스 동물에 대한 확대 사건에서는 “동물에게 연민을 보이는 것뿐만 아니라, 그들의 권리를 인정하고 보호하는 것 역시 우리의 기본적 의무이다. 인간에게 기본권을 누릴 자격이 있다면 동물 역시 그러하다”고 판시하였다. 2013년에는 돌고래에 대해서도 “(돌고래는) 비인간 인격체로서 그 고유한 권리를 누려야 하며, 오락을 위해 그들을 억류하는 행위는 도덕적으로 용납할 수 없다”면서 돌고래쇼 관행을 금지하였다.

더 넓게는 헌법을 개정한 사례도 있다. 2008년 에콰도르는 자연의 권리 조항을 담은 헌법개정안을 국민투표로 통과시킴으로써 헌법에서 자연의 권리를 인정한 첫 번째 나라가 되었다. 에콰도르 헌법 제71조는 “생명이 재창조되고 존재하는 곳인 자연 또는 ‘파차마마Pachamama’<sup>9</sup>는 존재와 생명의 순환과 구조, 기능 및 진화 과정을 유지하고 재생을 존중받을 불가결한 권리를 가진다. 모든 개인과 공동체, 인민과 민족은 당국에 청원을

8 ‘잘리카투JALLIKATTU’는 인도 타밀나두주에서 행해지는 투우 스포츠이다. 사람인 참가자가 황소의 등을 두 팔로 잡고 매달리며, 황소는 벗어나려고 시도한다. 참가자들은 황소를 멈추게 하기 위해 가능한 오랫동안 황소를 잡고 있다. 잘리카투와 관한 부상과 사망 사건이 참가자 또는 동물 모두에게 발생함에 따라 동물 단체는 스포츠 금지를 요구했으며 법원은 지난 몇 년 동안 여러 차례 금지했다. 그러나 금지에 반대하는 사람들의 항의로 2017년에 스포츠를 계속하기 위한 새로운 조례가 제정되기도 했다.

9 남미 안데스 지역의 토착 원주민들리 고대 잉카시대 때부터 그들이 전통적으로 섬기던 여신으로, 잉카어로 ‘어머니 대지’라는 뜻이다. 여신은 모든 생명체와 생태계로 이루어지며, 스스로 유기체인 생명의 근원이 된다.

통해 자연의 권리를 집행할 수 있다”고 하였다. 이에 따라 2011년 에콰도르 법원은 처음으로 환경영향평가를 하지 않고도, 도로 건설과정에서 발생한 폐기물을 하천에 버린 지방정부를 상대로 강과 주변 생태계의 원상 회복을 구한 원고의 청구를 받아들이기에 이르렀다.

### V. 법인격만으로는 충분치 않다 : 이익대변을 위한 후견

2020년 동물권 단체들이 모여 돌고래쇼장의 돌고래(흰고래 포함)들의 감금과 확대의 문제점을 알리고, 돌고래들의 무덤과도 같은 수족관에서 그들을 구출하기 위해 몇몇 시설을 고발한 적이 있다. 첫 번째로 봉착한 난관은 앞서 미국이나 아르헨티나에서 겪었던 일들이다. 인간의 말로 번역하면, 드넓은 바다를 유영하던 돌고래들이 영문도 모른 채 ‘납치’, ‘감금’되어 신체적·정신적인 ‘학대’와 ‘폭행’을 당하고 ‘중노동’에 시달리다 절반 이상이 ‘사망’에 이르고 있는데도 현행법상 동물은 법인격이 없기 때문에 소송을 직접 제기할 수 없었다. 앞서 살펴 본 것처럼 법원은 비인간 동물을 소송의 주체로 인정할 수 없다는 입장을 반복하고 있었다. 그동안 국내에서의 소송은 감금된 동물을 풀어달라는 내용은 아니었으므로 조금 다른 맥락이긴 하고, 오히려 외국에서의 소송과 결을 같이 한다. 그러나 긴 고민과 회의 끝에 결국 돌고래의 법인격을 주장하여 소송의 직접 당사자로서 시설(수족관) 수용상태에서 해제를 구하는 인신구제청구를 하는 대신, 동물권단체들이 돌고래쇼 업장을 운영하는 자들을 고발하는 방식을 선택하게 되었다. 여기에 대해서는 여전히 그 선택이 최선이었을까 하는 아쉬움과 후회가 남는다.

현실에서 발생한 문제를 당사자 간에 해결하거나 합의하기에 충분하지 않거나 적절하지 않을 때 우리는 법과 제도를 찾게 되고, 이는 매우 정치적인 과정이다. 법학자이자 환경학자인 스톤(Christopher D. Stone)은 일찍이 <법정에 선 나무들>을 통해 나무와 돌 같은 자연물, 나아가 전체로서의 자연환경에도 법적인 권리를 부여해야 한다고 문제제기하였다. 1970년대부터 그는 법적 무능력자에게 법원이 보호자(conservator) 혹은 수임자(committee)를 임명하여 그의 법적 문제를 처리할 권한을 부여하는 것처럼, 자연물도 위협에 당면할 경우 그의 안전과 이익에 관심 있는 사람이 후견인 등이 될 수 있는 제도적 장치가 있어야 한다고 주장하였다.<sup>10</sup> 법학자이자 생태학자인 보셀만(Klaus Bosselmann) 역시 <법에 갇힌 자연, 정치에 갇힌 인간>을 통해 전 지구적 혁명으로 생태법치국가를 주창하며 비인간 생명체가 그들만의 이익을 위해 발전할 수 있는 권리를 존중해야 한다고 보았다.<sup>11</sup> 또한 환경변호사이자 유엔 인권환경 특별보고관인 보이드(David Boyd)는 인간에 대한 쓸모와 무관하게 자연에 본원적인 가치가 있다는 생각은 지구적으로 빠르게 확산되고 있으며 국제 조약 및 100여 개국의 국내법에 반영돼 있다고 주장한다. 세계 대부분의 법체계가 여전히 자연-개별 동물로 부터 전체 생태계에 이르기까지-을 재산으로 취급하고 있으나 최근에는 이러한 법의 낡은 접근법에 균열이 생겨나고 있다는 것이다.<sup>12</sup>

이 같은 아이디어가 착안하여 실제 법제정까지 나아간 사례가 있다. 2017년 뉴질랜드 의회는 <환가누이강분쟁해결법Te Awa Tupua [Whanganui

River Claims Settlement] Act>을 제정하면서 환가누이강에 법인격을 부여하였다. 환가누이강은 뉴질랜드 북섬에 있는 강으로, 강 주변의 마오리족 공동체는 1870년대 이래 이 강과의 특별한 관계에 대한 인정을 받기 위해 정부를 상대로 싸워왔다. 환가누이 강은 마오리족, 그리고 주변 자연과 불가분의 살아있는 유기체로, 북섬 중앙의 산들로부터 바다에 이르기까지 모든 물질적, 정신적 요소들을 포용하는 것으로 항상 믿어왔기 때문이다. 결국 150년 만에 법상으로 인간의 지위를 끌어내며 이 강을 둘러싼 전통을 유지할 수 있게 됐다. 권리와 의무, 책임 등 인간이 가진 것과 같은 법적인 지위를 갖게 되었으며, 환가누이강의 권리를 구체적으로 보장하고 대변하기 위한 법적 장치로서 일종의 후견 역할을 하는 '테푸우투푸아(Te Pou Tupua)'를 설치하였다. 마오리족 공동체가 임명한 대표자와 정부가 임명한 대리인이 공동으로 테아와투푸아를 대변하게 되었다.<sup>13 14</sup>

13 데이비드 보이드, 앞의 책, 76-100쪽 참고하여 정리

14 법문의 주요내용을 소개하면 아래와 같다.

7 해석

본 법에서는 문맥상 달리 요구하지 않는 한, 환가누이강과 관련된 강유역은 다음과 같다. (a) 환가누이강은 독을 남기지 않고 물의 흐름을 최대한 덮고 있는 땅의 공간을 의미한다. (b) 해저, 물가에 부착된 식물, 물위의 공역, 점유된 공간을 포함한다.

12 테아와투푸아(Te Awa Tupua) 정의

테아와투푸아는 산에서 바다에 이르는 환가누이강을 이루면서 거기에 속한 모든 물리적, 형이상학적 요소들을 아우르고 분리될 수 없는 살아있는 전체이다.

14 테아와투푸아(Te Awa Tupua)의 법적 지위

- (1) 테아와투푸아(환가누이강)는 법적 인간(legal person)으로, 법적 인간의 모든 권리, 권한, 의무, 그리고 부채를 갖는다.
- (2) 테푸우투푸아(Te Pou Tupua)는 테아와투푸아(환가누이강)의 이름으로, 테아와투푸아의 권리, 권한 및 의무를 행사하거나 수행하고, 본 파트와 규정된 방법으로 그것의 부채에 대해 책임져야 한다.

18 테푸우투푸아(Te Pou Tupua)의 설립, 목적, 권한

- (1) 테푸우투푸아의 사무실이 설치된다.
- (2) 테푸우투푸아의 목적은 테아와투푸아(환가누이강)의 인간적 모습이며, 테아와투푸아(환가누이강)의 이름으로 행동하는 것이다.
- (3) 테푸우투푸아는 이 법에 따라 그 목적을 달성하고, 기능, 권한 및 의무를 수행하고 행사하는 데 합리적으로 필요한 모든 권한을 가지고 있다. 진희중, 『생태법인(Eco Legal Person) 실용화 방안 -제주남방큰돌고래 적용 모델을 중심으로-』, 『대동법학』, 제97집, 2021, 11쪽; 'Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017', (New Zealand Government), 2017. 재인용

10 크리스토퍼 스톤, 허범 옮김, 『법정에 선 나무들』, 아르케, 2003, 42-43쪽

11 클라우스 보셀만, 진재운/박선영 옮김, 『법에 갇힌 자연 vs 정치에 갇힌 인간』, 도요새, 2011, 325쪽

12 데이비드 보이드, 이지원 옮김, 『자연의 권리』, 교유서가, 2020, 143쪽

뉴질랜드의 유의미한 사례는 다른 국가에도 영향을 미치고 있다. 콜롬비아 헌법재판소는 “아트라토강(Atrato river) 유영과 지류 그리고 그 분지가 ‘보호·보존·유지·복구권’을 갖고 있다”고 결정했다. 뉴질랜드가 환가누이강에 법인격을 부여하고 후견인을 지정한 사례를 예로 들면서 아트라토강 유역을 대표하는 공동후견인을 두라는 명령을 내렸다.<sup>15</sup> 현재 제주에서는 위 사례들을 모델로 하여 제주남방큰돌고래에게 법인격을 부여하고, 이들을 위해 이른바 ‘생태법인’을 둘 것을 요구하며, 토론회 개최 등 제도 도입을 위한 준비에 착수하고 있다. 토론회를 개최한 해양환경단체에 따르면, 제주남방큰돌고래는 세계자연보전연맹IUCN에서 보호가 필요하다 지정된 멸종위기 해양생물이며, 정부 역시 해양보호생물로 지정했지만 오늘날 해양오염과 난개발, 해양관광산업의 난립으로 심각한 위협에 처해 있다면서, 제주남방큰돌고래에 법인격을 부여하고 그 권리를 행사할 수 있는 생태법인 제도를 운용한다면 제주남방큰돌고래가 스스로 자기보호에 나설 수 있게 될 것이라고 전망한다.<sup>16</sup>

만일 생태법인 제도를 도입한다면 영리를 목적으로 하지 않는다는 점, 재산이 법인의 본체가 되지 않는다는 점에서 비영리 사단법인의 형태가 될 가능성이 높고, 별도법을 제정하여 특수법인화할 수도 있다. 그리고 법인 활동 내용적인 면에서 본다면 현행 법제도 내에서 가장 유사한 구조를 갖는 것은 후견법인일 것이다. 후견제도는 정신적 제약으로 의사결정 능력과 사무처리능력이 지속적 또는 일시적으로 결여되거나 부족한 경우 재산 또는 신상에 관한 사무처리를 법인이 조력하는 제도이다. 2103년 개

<sup>15</sup> 진희중, 앞의 글, 14쪽

<sup>16</sup> 핫핑크돌핀스, 제주 남방큰돌고래 보호와 &생태법인eco legal person& 입법을 위한 정책토론회, <http://horpinkdolphins.org/?p=26781> 작성일 2022. 1. 26.

정 민법에 따르면 후견인은 자연인 개인이 할 수도 있지만, 보다 안전하고 전문적인 조력을 위해 후견인을 복수로 선임하거나 법인을 선임하는 것도 가능하다. 많은 숫자는 아니나 현재 사단법인, 사회복지법인, 사회적 협동조합 등이 관할 부처로부터 공공후견법인으로 지정되어 후견인으로 활동하고 있다. 따라서 자연물에게 법인격이 부여될 경우 그의 법정대리인이나 후견인 역할을 전문적으로 할 법인으로 하여금 후견인 내지 대리인 선임이 가능해지고, 생태법인을 법정생태법인 내지 공공생태법인으로 설립·지정하여 운영하는 것도 가능할 것으로 보인다.

## VI. 지금 이 순간에도 역동적인 동물법

권리능력, 당사자적격, 법인격, 무엇이랴 부르든 동물에게 그것을 부여하고자 하는 노력은 계속되고 있으며, 법 영역에서의 반종차별운동은 인종차별이나 성차별이 겪었던 역사처럼 매우 논쟁적이고도 뜨겁다. 지금 이 순간에도 스위스 바젤 주에서는 국민발안으로 주 헌법에 <영장류에 대한 기본권>을 추가하는 헌법개정절차가 진행중이며,<sup>17</sup> 철옹성같았던 미국에서도 최근 콜롬비아 내 하마들의 소송에 해외 소송의 이해관계인(interested person)으로서 자국민의 의견청취 청구를 받아들이는 식으로 동물의 법인격을 인정하는 물꼬를 트고 있다. 국내에서도 2018년 개헌논의가 한창일 때 동물권을 헌법에 명시하고자 하는 논의가 구체적으로 진행된 바 있다. 이제 동물의 권리를 이야기하는 어느 누구도 무엇 하나만 바뀌면 된다고 말하지 않는다. 정치, 경제, 철학, 종교, 교육, 문화 등 사

<sup>17</sup> 한민지, 「스위스법에 따른 동물의 법적 지위에 관한 동향」, 『서울법학』 제28권 제4호, 2021, 365-369쪽

회 전반에 걸친 변화가 필요하다. 그 중에 법이 중요한 요소임은 두 말할 필요도 없다. 법이 더욱 관심과 책임감을 가지고 현실인식과 가치판단의 측면에서 동물권을 외면해서는 안 되는 이유다.

## 민주사회를 위한 변론

115호 2022년

발행인 김도형

편집인 김지미

편집위원 류하경, 서성민, 심재섭, 최지훈, 허자인, 허진선

발행일 2022. 5. 2.

ISSN 1225-6900 15

## 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)