대한민국의 인권상황

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제40조에 따라
대한민국이 제출한 제3차 정기보고서에 대한
반박보고서

◆

2006년 10월

민주사회를 위한 변호사모임

대한민국의 인권상황

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제40조에 따라 대한민국이 제출한 제3차 정기보고서에 대한 반박보고서

◆

2006년 9월

민주사회를 위한 변호사모임

서울특별시 서초구 서초동 1555-3번지
신정빌딩 5층
전화: (+82 2) 522-7284, 팩스: (+82 2) 522-7285
홈페이지: http://minbyun.jinbo.net
Email: m321@chol.com

이 반박보고서는 민주사회를 위한 변호사모임에서 주 집필을 하였고 한국의 인권단체 연석회의와의 협의를 통해 최종완성되었다. 인권단체 연석회의에 소속된 단체는 아래와 같다.

거창평화인권예술제위원회/구속노동자후원회/광주인권운동센터/군경의문사진상규명과폭력근절을위한가족협의회/다산인권센터/대항지구화행동/동성애자인권연대/문화연대/민가협/민족민주열사희생자추모(기념)단체연대회의/민주사회를위한변호사모임/민주주의법학연구회/부산인권센터/불교인권위원회/빈곤과차별에저항하는인권운동연대/사회진보연대/새사회연대/아시아평화인권연대/안산노동인권센터/에이즈인권모임나누리+/외국인이주노동자대책협의회/울산인권운동연대/원불교인권위원회/이주노동자인권연대/인권과평화를위한국제민주연대/인권운동사랑방/장애와인권발바닥행동/장애우권익문제연구소/전국장애인차별철폐연대/전국불안정노동철폐연대/전북평화와인권연대/전쟁없는세상/진보네트워크센터/천주교인권위원회/평화인권연대/한국교회인권센터/한국DPI(한국장애인연맹)/한국성적소수자문화인권센터

서 언

우리 민변은 한국인권단체연석회의와 협의를 거쳐 한국정부의 3차 보고서 심의를 앞두고 있는 인권이사회에 이 보고서를 제출한다.

민변은 한국내의 550명의 진보적인 변호사로 구성된 비정부 인권단체로서, 이미 한국정부의 제1차 보고서 심의 및 제2차 보고서 심의에서도 반박보고서를 제출한 바 있다.

우리 민변은 한국정부의 보고서를 검토한 결과, 정부보고서가 한국인권상황을 있는 그대로 설명하지 못하고 있고 따라서 인권이사회에 적확한 정보를 제공하고 있지 않다고 판단한다.

따라서 이 보고서는 한국 내에서의 인권 문제를 명확히 드러내어 인권이사회에 정확한 정보를 제공함으로써, 결국 정부보고서 심의기간 동안 한국정부와 인권이사회 사이에 건설적인 대화를 가능하게 하고자 하는 의도에서 작성되었다.

다만 우리는 우리의 보고서가 한국내의 모든 인권 문제를 지적하고 있다고 생각하지는 않는다. 따라서 이사회는 우리가 지적하지 않았지만 중대한 인권문제가 산재해 있음을 주의해 주기 바란다.

우리는 우리의 보고서가 인권이사회 위원들이 한국보고서를 검토하는데 진지하게 고려되고, 결과적으로 향후 한국에서 규약이 보다 철저하게 준수되는 방향으로 나가는데 도움이 될 수 있게 되길 진심으로 바란다.

2006. 10.

백 승 헌

회 장
민주사회를 위한 변호사모임

< 목 차 >

항 쪽

서 문

제 1 부

정부보고서에 대한 평가..... 1-4 1-2
국내법과 국제법의 관계..... 5-6 2-3

제 2 부

국가인권위원회..... 7-18 4-7
인권이사회 권고 이행책임의 방기..... 19-31 7-10
유보의 문제점
제14조 제5항..... 32-35 11-12
제22조..... 36-42 12-14

제 3 부

남녀동등권리보장..... 43-59 15-19
고문 및 비인도적 처우 금지..... 60-66 19-22
신체의 자유와 안전..... 67-76 22-26
사생활, 가정, 주거, 통신의 자유
사생활의 자유..... 77-81 26-28
개인정보의 보호..... 82-93 28-33
통신의 자유..... 94-97 33-34
양심에 따른 병역거부..... 98-112 34-39
표현의 자유
국가보안법..... 113-121 39-43
영화등급분류제도..... 121-125 43-44
집회의 자유..... 126-136 44-47
가정의 보호, 혼인, 이혼..... 137-145 47-50
아동의 보호..... 146-149 50
이주노동자..... 150-161 51-55

제 1 부

정부보고서에 대한 평가

1. 인권이사회는 한국정부의 2차 보고서를 심의한 후 내린 최종견해에서 “당사국의 1차 보고서가 규약의 실제 이행상황에 대한 충분한 정보를 포함하지 않았다고 견해를 밝혔음에도 불구하고 2차 보고서 또한 마찬가지의 결함을 갖고 있다는 것에 대하여 유감스럽게 생각한다.”고 한 바 있다[1].
그러나 이번 한국정부의 3차보고서 역시 규약과 관련된 법령 그리고 몇몇의 대법원 판결 및 헌법재판소 결정을 나열하여 기술하고 있을 뿐이고, 인권이 어떻게 보장되고 있는지에 관한 포괄적이고 구체적인 설명을 결여하고 있으며, 규약의 의무이행에 영향을 주는 요소와 어려움에 관한 설명이 거의 나타나지 않고 있다.
특히 정부보고서는 규약이 위반되고 있는 사건들에 관한 정보들을 충분히 제공하고 있지 않음으로써, 한국 내에서 규약이 잘 이행되고 있다는 오해를 불러일으키게 한다.

2. 3차 정부보고서는 그 동안의 인권이사회의 지적이나 권고를 이행하지 않은 사항에 대하여 1,2차 정부보고서 심사과정에서 주장하였던 내용들을 다시 반복하고 있는 예가 많다.
일례로 2차 정부보고서 심의에서 인권이사회는 국가보안법의 남용가능성을 우려하고 국가보안법을 점진적으로 폐지하고, 특히 동법 7조를 긴급히 개정하라고 권고[2]하였음에도 불구하고, 정부는 아무런 조치를 취하고 있지 않다.
정부보고서는 “국가보안법은 자유민주주의체제를 전복하려는 국내외 세력의 위협으로부터 국민의 생명과 자유, 그리고 민주주의 체제를 지키기 위한 것이고, 그것이 수사기관에 의해 자의적으로 해석되거나 남용될 소지를 최소하기 위하여 최선의 노력을 기울이고 있다”[3]고 함으로써 과거 계속되어 온 국가보안법에 대한 태도를 견지[4]하고 있다.
다른 일례로 개인의 권리를 침해받은 자가 정부를 상대로 보상을 청구할 수 있는 방법에 대하여 인권이사회는 2차 보고서 심의 당시 “이미 그 문제에 관하여 의견을 낸 국내법원으로 사건을 보내는 것보다는 한국정부는 이사회의 의견을 실현하기 위해 즉각적으로 절차를 밟아야 한다.”고 강조한 바 있다[5].

---

1) CCPR/C/79/Add.114. para. 2.

2) CCPR/C/79/Add.114. paras. 8-9.

3) CCPR/C/KOR/2005/3. para. 294.

4) CCPR/C/114/Add.1 paras. 203-206.

5) CCPR/C/79/Add.114. para. 21.

그럼에도 불구하고 3차 정부보고서는 이 문제에 관하여 2차보고서에서 설명한 바와 같이 국가배상법 등 국내법에 정하여진 절차에 따라야 한다고 기술함으로써[6] 과거의 주장을 되풀이 하고 있다[7].
결국 한국 정부의 이와 같은 기술 태도는 한국정부가 인권이사회의 지적이나 권고를 이행할 의지가 있는지 강한 의문이 들게 한다.

3. 나아가 정부보고서는 보고서상에 통계자료를 인용함에 있어 극히 평면적인 통계수치만을 제공하고 있고, 규약에 보장된 권리를 보장하는 수준이 어는 정도인지 구체적으로 파악할 수 있도록 하는 입체적인 통계자료를 제시하지 못하고 있는 경우가 많다. 예컨대 무료법률구조에 관한 통계자료를 보면 1998년부터 2003년까지의 소송구조 건수를 제시하고 있는데[8], 전체 소송 건수가 나와 있지 않아, 전체 사건에 대한 소송구조 사건의 비율을 알 수 없는 바, 소송구조제도가 경제적 빈곤층에 대한 실질적인 소송구조의 역할을 하고 있는지 전혀 알 수 없다.

4. 결국 정부의 3차 보고서는 인권이사회의 보고서지침[9]에서 제시한 정부보고서에 관한 기준을 충족하지 못하고 있다고 하겠다.

국내법과 국제법의 관계

5. 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다,”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 인권이사회는 2차 정부보고서 심의에 대한 최종견해에서 “규약에서 규정하는 권리들의 국내법적 지위는 여전히 불명확하다.” “헌법 제6조에 의하면 당사국이 비준한 국제규약은 국내법과 동등한 효력을 갖는다고 명시하고 있는데, 규약에 가입한 후 제정된 법률이 규약이 인정하는 권리보다 우위에 있음을 내포하는 것으로 이 조항이 해석돼 온 것에 대해 위원회는 우려한다.”고 지적한 바 있다[10].
이에 관하여 정부보고서는 “법률은 제정단계에서 법제처의 심사와 국회의 심의 등의 과정을 거치면서 대한민국이 비준한 국제규약과의 충돌 여부 등이 검토되기 때문에 인권이사회가 우려하는 바와 같이 규약에 위반되는 내용의 법률이 제정될 가능성은 사실상 전혀 없다”고 한다[11].

---

6) CCPR/C/KOR/2005/3. para.. 17.

7) CCPR/C/68/Add.1. para. 13.

8) CCPR/C/KOR/2005/3. para. 42.

9) CCPR/C/66/GUI/Rev.2.

10) CCPR/C/79/Add.114. para. 7.

11) CCPR/C/KOR/2005/3. para. 11.

그러나 새로이 제정되거나 개정된 법률이 규약에 위반될 가능성은 상존하고 있다.
예를 들어 구집회및시위에관한법률 제12조 제1항은 관할경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통통제를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다고 규정하고 제2항은 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 금지를 할 수 없다고 규정하고 있었고, 이에 관하여 인권이사회는 수도 내의 주요 도로에서의 모든 집회를 금지하는 것은 너무 광범위한 것으로 보이고, 규약 제21조의 기준을 충족시키지 못한다고 한바 있다[12].
그런데 2004. 1. 29. 개정된 집회및시위에관한법률은 구법 제12조 제1항, 제2항을 존속시킴은 물론 제2항에 "다만, 당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다."는 단서를 신설하였는바, 신법은 규약 21조를 더욱 더 심각하게 위배하고 있다.
결국 인권이사회의 위와 같은 우려는 실제 현실로 나타나고 있음을 보여준다.

6. 특히 정부보고서는 "실제로는 국내법의 위헌심사시 다자조약인 국제규약은 종종 헌법과 함께 법률의 위헌여부를 판단하는 중요한 기준이 됨으로써 국내법보다 사실상 우선하는 효력을 가지고 있다."라고 하고 있다[13]. 그러나 실제 재판에서 국제규약이 국내법과 함께 원용되는 예는 극히 드물고, 정부보고서도 인정하고 있듯이 국제규약이 법원이나 헌법재판소에서 직접적으로 적용되는 예는 전무하다[14]. 그 이유는 일반 국민은 물론이고, 정부 공무원 및 판사, 검사 그리고 변호사 등이 규약의 존재 자체를 알지 못하고 있거나, 설사 알고 있더라도 그것이 국내적으로 실제 적용되는 규범이라고 인식하지 못하고 있기 때문이다.
결국 규약이 국내법보다 사실상 우선한다는 것은 이와 같은 현실과 동떨어진 평가이고, 오히려 한국에서 규약은 아직 법 규범으로 자리 잡지 못하고 있다는 것이 솔직하고 정확한 평가라 하겠다.

12) CCPR/C/79/Add.114. para. 18.

13) CCPR/C/KOR/2005/3. para. 11.

14) CCPR/C/KOR/2005/3. para. 12.

제 2 부

국가인권위원회

7. 정부보고서는 국가인권위원회의 활동에 관하여 언급하고 있다[15]. 국가인권위원회가 설립되었다는 사실 자체로도 한국의 인권 상황 개선의 징표라 할 수 있으며, 출범 이후 현재까지 국가인권위원회의 활동은 한국의 인권 수준을 향상시키는 데 많은 기여를 하였다. 그러나, 한국의 국가인권위원회가 인권기구로서의 역할을 충분히 수행하는 것을 가로막는 몇 가지의 제도적 문제점이 있다. 또한, 국가인권위원회의 소극적 업무 수행, 다른 국가기관들의 비협조 등 몇 가지 사실적 요소들도 국가인권위원회의 역할 수행에 걸림돌이 되고 있다. 이러한 이유로 국가인권위원회의 현재까지의 활동은 아쉬움을 남긴다.

인적 구성

8. '국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙)'에서는 국가 인권 기구의 구성과 그 구성원의 임명과 관련하여 선거의 방법에 의하든 혹은 다른 방법에 의하든 인권의 보호와 향상에 관련된 시민 사회의 다양한 사회 계층들의 다원적 대표성이 반영될 수 있도록 보장하는 데 필요할 뿐 아니라, 인권 관련 민간 단체 등의 대표자들의 협력 및 참여를 가능하게 하는 확립될 절차에 따라 이루어져야 한다고 규정하였다. 이러한 관점에 비추어 볼 때 한국의 국가인권위원회의 구성은 다원적 대표성이 충분히 반영되었다고 보기 어려운 면이 있다.

9. 한국의 국가인권위원회법은 국회, 대통령, 대법원장이 각각 지명하는 인권위원 11인으로 국가인권위원회를 구성한다고 규정하고 있다[16]. 인권 관련 전문성이 있는 자 중에서 지명한다는 것 외에 다원적 대표성을 보장하기 위한 절차 또는 인권 관련 민간 단체들과의 의사 소통을 위한 절차는 규정되어 있지 않다. 이로 인해 국가인권위원회의 인적 구성에 정치적 영향력이 작용할 위험이 없지 않다. 또한, '인권 관련 전문성이 있는 자'라는 법률의 규정에도 불구하고 실제로 국가인권위원들이 인권에 대한 전문적인 지식 및 인권적 감수성을 갖추었는지에 대해 의문이 제기된다.

조직 및 예산

15) CCPR/C/KOR/2005/3. paras. 49~53.

16) 국가인권위원회법 제5조

10. ‘국가인권기구의 지위에 관한 원칙’은 국가 인권 기구가 정부로부터 독립하여야 하고 재특히, 독립성에 영향을 줄 수 있는 재정적 통제를 받지 않도록 적절한 재정을 확보해야 한다고 규정하였다. 한국의 국가인권위원회가 정부로부터 독립한 기관인지 여부는 애매하다. 국가인권위원회법은 위원회가 독립하여 업무를 수행한다고 규정하고 있다. 그러나, 국가인권위원회는 조직, 예산 면에서 행정부에 속한 기관으로 간주되는 경향이 있다. 한국법은 국회, 대법원, 헌법재판소, 감사원, 중앙선거관리위원회 등 헌법에 근거한 기관을 독립기관으로 규정한다. 이에 따라 위 기관들의 세출 예산 요구를 감액함에 있어서는 특별한 절차가 필요하며, 위 기관의 기관장이 소속 공무원의 임면권을 가지게 되어 있다. 이와 달리 국가인권위원회는 예산회계법상 독립기관으로 규정되어 있지 않고, 소속 공무원 중 일정 직급 이상은 일반 행정부 공무원과 마찬가지로 행정자치부의 협의절차를 거쳐 대통령이 임명하도록 되어 있다. 국가인권위원회의 정부로부터의 독립성을 높이기 위하여는 관련법의 개정으로 예산, 조직 상의 독립성을 보장하여야 한다.

11. ‘국가인권기구의지위에관한 원칙’은 인권기구의 기능을 원활하게 수행하도록 지원하는 지역 및 지방 조직을 구성해야 한다고 선언한다. 한국의 국가인권위원회는 2001년 11월에 출범하였으나 2005년 10월에야 2개의 지방사무소를 개소하였으며, 2개의 지방사무소는 인권보장과 피해 구제에 대한 지역의 요구를 충족하기에 충분하지 않다.

진정 사건 조사 및 피해 구제 활동의 문제점

12. 국가인권위원회의 활동을 크게 나누면, 첫째, 피해자들로부터 접수된 진정 사건을 조사하고 피해 구제를 위한 조치를 취하는 것과 둘째, 인권 관련 법령, 정책, 현실 등을 조사하고 이의 시정을 위한 조치(권고, 의견 표명 등)를 취하는 것으로 볼 수 있다.

13. 국가인권위원회의 진정 사건 조사 및 피해 구제를 위한 활동에 있어서 문제점 중 하나는 진정 내용이 인권 침해 또는 차별 여부에 해당하는지 실체적 판단을 하지 않고 사건을 종결(각하)하는 경우가 많다는 것이다. 정부 보고서에 의하더라도 각하율은 75%이상이며, 이송, 합의종결 등의 경우를 합하면 실체적 판단 없이 종결되는 경우가 80%에 육박한다. 인권 침해 또는 차별로 인정되어 고발, 수사의뢰하거나 징계를 권고한 것은 총 진정 사건의 1% 미만이다.

14. 이러한 문제의 원인은, 국가인권위원회법이 각하 사유를 광범위하게 규정하고 있다는 것과, 그리고 국가인권위원회가 법이 정한 각하 사유를 너무 쉽게 인정함으로써 실질적인 문제 해결에 소극적인 태도를 보여 왔다는 것이다. 국가인권위원회법은 10가지의 각하 사유를 규정[17]하고 있는데, 그 중 ‘진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된

17) 국가인권위원회법 제32조.

사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중이거나 종결된 경우' 각하할 수 있다는 규정[18]은 특히 문제가 된다. 이러한 규정은 군대 내 의문사와 관련된 진정 사건에 대해 국가인권위원회가 군수사기관의 수사가 종결되었다는 이유로 사건을 각하하도록 하는 근거가 되었다. 또한, 진정인이 인권 침해라고 주장하는 사실에 대해 이미 검찰의 불기소 결정이 있었던 경우 위 규정에 따라 각하되어야 할 것이나, 인권 침해 사건을 검찰이 불기소한 것 자체가 인권 침해에 해당할 수 있어 조사 및 구제가 필요할 수 있으므로 각하는 인권 보장에 적절한 조치가 될 수 없다.

15. 국가인권위원회의 진정 조사 및 피해 구제 활동과 관련하여 문제로 지적되는 것 중 하나는 처리하는데 시간이 너무 오래 걸리며, 긴급을 요하는 사안에 적절히 대처하지 못한다는 점이다. 진정 사건 처리에 소요되는 시간은 2003년 기준 180일이었으며, 2004년 기준 124일, 2005년 8월 기준 104일로 단축되고 있기는 하나, 이러한 수치는 형식적으로 종결되는 경우(총 진정 사건의 80%)를 포함한 모든 접수 사건의 평균 처리 기간을 말하므로, 실제로 인권 침해 여부에 대한 조사가 이루어지는 사건이라면 훨씬 장기간이 소요될 것이다. 또한, 신속성 측면에서도 국가인권위원회의 활동은 개선되어야 한다. 국가인권위원회는 2003. 2. 15. 구속 수감된 지체1급여성장애인에 대해 불구속 수사를 할 것을 검찰에 권고하였으나, 이 조치는 진정이 접수된지(위 여성 장애인이 구속된지) 1주일 만에 취해진 것이었다. 이 여성장애인은 1주일 동안 장애인용 화장실이 설치되어 있지 않은 구치소에서 기저귀를 착용한 채 장애인으로서의 고통과 여성으로서의 수치심을 강요당하였다. 특히, 교도소나 다수인 보호시설 내 인권 침해 사건의 경우, 진정 처리가 오래 지연되면서 재소자나 증인이 될 수 있는 동료 재소자가 이감을 가거나 출소해 조사가 어려워지는 일들이 발생한다.

16. 국가인권위원회의 조사 권한의 불충분함도 문제로 지적된다. 국가인권위원회는 구금 보호시설을 방문하여 조사할 권리를 가지며, 대상 시설은 법률과 대통령령으로 유형별 열거하는 형태로 규정하고 있다. 유형별 열거 방식을 택하고 있기 때문에 법령에 규정되어 있지 않은 시설, 예컨대, 병영, 비인가 복지시설 등의 경우 인권 침해의 가능성이 제기되더라도 방문 조사하지 못한다. 또한, 국가인권위원회법은 진정 사건을 조사함에 있어서 원칙적으로 서면조사 방식[19]으로 행하고 서면 조사로서 충분하지 않은 경우에만 소환 조사가 가능하도록 규정하고 있다. 이러한 제도적 문제점은 충분한 사실 관계 파악을 어렵게 만든다.

권고, 의견 표명 등의 실효성

18) 국가인권위원회법 제32조제1항5호.

19) 국가인권위원회법 제31조제4항.

17. 국가인권위원회법에 의하면 위원회가 조사 후에 할 수 있는 조치는 고발, 수사의뢰 및 징계 권고와 의견 표명 정도에 그치며, 구속력 있는 결정 권한은 부여되지 않는다. 다만, 정부 기관은 국가인권위원회의 고발, 수사의뢰, 권고 등을 존중하여야 하며, 그 결과를 위원회에 통보하여야 한다[20]. 또한, 국가인권위원회는 관계 기관 등에 대한 권고와 관계기관 등이 한 조치 등을 공표할 수 있다[21]. 한편, 국가인권위원회는 국가정책과 관련하여 인권적 관점의 권고 및 의견 표명을 할 수 있다[22]. 그러나, 이러한 권고, 의견 표명 역시 법적인 구속력은 없다. 예컨대, 국가인권위원회에서 2005년 5월부터 6월까지 법무부와 출입국관리소를 상대로 '국가와 출입국관리공무원에게 과도한 권한을 부여한' 출입국관리법 제51조 등에 대해 개정할 것 등 8건의 시정을 권고했다. 하지만 법무부와 관리소는 이 8건의 시정권고중 5건에 대해 즉각적으로 반발하거나 검토중이라는 의견만을 제시하였다. 특히, 국가인권위원회는 2006년 1월 국가인권정책기본계획(NAP)을 마련하여 정부에 권고하였으나 정부에서는 이에 대한 진지한 논의조차 하고 있지 않다.

18. 국가인권위원회가 인권 침해 또는 차별에 해당한다고 결론을 내리더라도 관계기관이 그에 따른 조치를 취하여야 할 법적인 의무가 없으며, 국가인권위원회의 권고 또는 의견 표명에 반하여 정책이 결정되고 집행되더라도 이를 제재할 방법은 없다.

인권이사회 권고 이행책임의 방기

19. 2005년 8월 23일 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)는 대한민국 정부에 대하여 대한민국 정부가 한총련을 국가보안법상의 이적단체로 처벌한 것은 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약' 제22조 결사의 자유보장에 위반된 것이라는 견해를 밝히고, 이에 대한 구제조치 등을 권고하였다[23]. 그러나 대한민국의 헌법재판소나 대법원은 국제인권기구의 규약위반결정과 같은 상황이 있다 하더라도 한총련에 국가보안법을 적용하여 이적단체로 처벌하는 것은 정당하다 라고 판결하고 있다[24].

20. 대한민국의 경우 인권이사회가 1994년 3월 18일 이른 바 '손종규 사건'에 대하여 규약위반이라고 결정을 내린 이후 2005년 10월 3일까지 인권이사회에서 대한민국정부의 규약위반이라고 판단된 개인통보 사건은 모두 6건[25]이다.

---

20) 국가인권위원회법 제20조.

21) 국가인권위원회법 제25조제4항.

22) 국가인권위원회법 제25조제1항.

23) CCPR/C/84/1119/2002.

24) 대법원 2004년 8월 30일 선고 2004도3212; 헌법재판소 2004년 8월 26일 선고 2003헌바85·102 등 다수.

25) 손종규(CCPR/C/54/D/518/1992), 김근태(CCPR/C/64/D/574/1994), 박태훈(CCPR/C/64/D/628/1995), 강용

21. 대한민국 정부는 규약위반이라고 결정된 어느 사건에 대하여서도 인권이사회의 권고사항을 이행한 사실이 없다. 대한민국 정부가 인권이사회의 권고사항을 이행하지 아니하고 있는 이유는 인권이사회의 권고가 권고적 효력 밖에 없으므로 대한민국 정부가 반드시 이를 이행할 의무가 없고, 인권이사회의 권고가 대한민국사법부에서 내린 기존의 판결과 배치되기 때문으로 이해된다.

22. 대한민국 정부는 준법서약제의 폐지가 마치 대한민국 정부가 인권이사회의 강용주 사건에 대한 결정을 존중하였기 때문인 것처럼 기술하고 있다[26]. 그러나 인권이사회의 강용주 사건에 대한 결정은 2003. 7. 23. 배포되었는데 대한민국 정부는 그 훨씬 이전인 2003. 4. 30. 이른 바 시국·공안사범에 대한 사면시 준법서약서를 받지 않아 그 폐지를 예고하였으며, 같은 해 7. 7. 이를 공식적으로 선언하였다. 이러한 점에 비추어 준법서약제의 폐지가 강용주사건에 대한 인권이사회의 결정을 존중하였기 때문이었다라고 할 수 있는지는 의문이다. 그리고 준법서약제가 폐지된 이후에도 해외에 체류하고 있는 이른 바 '반체제인사'들에 대하여서는 여전히 준법서약과 같은 충성서약이 요구되었다. 예컨대, 재독 철학자인 송두율 교수는 준법서약서제도가 폐지된 이후에 대한민국에 들어오면서 사실상 충성서약서 제출을 강요받았다[27]. 그리고, 국가보안법관련사건의 경우 그 관련자가 공소보류처분을 받는 경우에는 공소보류자관찰규칙 제2조 제2항에 따라 담당검사에게 과거를 반성하고 대한민국에 충성을 맹세하는 내용의 이른 바 충성서약서를 제출하여야 한다. 준법서약제의 폐지에도 불구하고 대한민국에는 사상과 양심의 고백을 강요하는 제도와 관행이 여전히 남아 있다.

23. 대한민국 정부는 인권이사회가 김근태 사건과 박태훈 사건에서 국가보안법적용이 규약위반이라고 결정한 이후 대한민국 정부는 국가보안법, 특히 제7조에 대하여 규약에 위반되는 자의적인 적용이 되지 아니하도록 노력하고 있다 라고 주장하였다[28]. 그러나 아직까지 국가보안법이 존속하고 있으며, 국가보안법에 의한 구속자의 수가 과거에 비하여 줄어 들었다고는 하나 2003년에는 78명이, 2004년에도 37명이 국가보안법으로 구속되었다. 특히, 정부보고서의 신중한 적용 주장에도 불구하고 최근에 구속되는 국가보안법위반자는 거의 대부분 국가보안법 제7조 찬양·고무 및 이적단체가입혐의로 인한 것이다. 인권이사회를 비롯하여 여러 인권조약기구에서 규약위반으로 비난을 받아 온 국가보안법 제7조는 대한민국에서 여전히 위력을 발휘하고 있는 셈이다. 현재 대한민국 정부나 국회에서 국가보안법에 대한 개정논의는 중단되어 있는 상태인데 과거 논의 내용에 비추어 정부는 국가보안법을 완전히 폐지하려는 것은 아닌 것으로 판

주(CCPR/C/78/D/878/1999), 신학철(CCPR/C/80/D/926/2000), 이정은(CCPR/C/84/D/1119/2002); 정부보고서에서는 5건이라고 기술하고 있으나 정부보고서 제출 후인 2005. 8. 23. 이정은 사건에 대한 규약위반결정이 있었다.

26) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 16.

27) 한겨레21, 2003. 11. 13.

28) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 16.

단된다. 그러나 국가보안법 중 인권규약위반의 핵심적인 조항인 제7조를 완전히 폐지하지 아니하고 그에 대한 대체입법이나 부분개정을 하는 경우 이는 여전히 규약위반의 소지를 남기고 있다는 점에서 문제이다. 국가보안법은 제7조를 포함한 완전한 폐지가 이루어 져야 한다.

24. 이와 같이 인권이사회의 개인통보사건에 대한 결정이나 권고가 대한민국정부에 의하여 이행되고 있거나 존중되고 있다는 정부의 주장은 전혀 사실과 다르다.

25. 이러한 정부의 태도에 대하여 대한민국의 법원은 정부보고서에서도 기술하고 있듯이[29] 이른 바 '손종규 사건'에서 "인권이사회의 견해는 권고사항으로서 이에 대하여 법적인 기속력을 인정할 근거가 없다" 라고 하여 정부가 인권이사회의 권고에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하여도 아무런 법적인 문제가 없다는 입장을 취하고 있다. 따라서 대한민국에서는 인권이사회가 규약위반이라는 결정을 내리고 이에 대한 구제조치를 권고하여도 대한민국 정부에 대하여 이의 이행을 청구할 수 있는 방법이 없다.

26. 우리는 인권이사회의 결정이 단지 외교적인 수사(diplomatic communique)가 아니며, 당사국은 규약과 선택의정서에 따라 인권이사회의 결정을 고려·존중할 최소한도의 의무를 부담한다 라고 생각한다.

27. 인권이사회는 1994년 바르바도스(Barbados)와 관련된 사건에서 다음과 같이 선언하였다.

"규약이 국내 법원에 의하여 직접 적용될 수 있는 바르바도스의 국내법은 아니라고 할지라도 당사국은 규약의 규정에 대하여 효력을 부여하여야 할 법적 의무를 부담하는 것이다. 이러한 점에서 규약 당사국은 선택의정서에 따른 개별 사건에 있어서 규약의 적용과 해석에 관한 인권이사회의 견해에 대하여 법적 효과를 부여하기 위한 적절한 조치를 취할 의무가 있다[30]."

뿐만 아니라 인권이사회는 대한민국 정부가 제출한 제2차 보고서에 대한 심의시 "이사회가 규약위반을 결정한 사건들을 이미 같은 사건을 심판한 바 있는 국내 법원의 절차에 돌려 보낼 것이 아니라 당사국은 이사회의 견해에 즉각적으로 효과를 부여하여야 한다" 라고 하였다[31].

28. 인권이사회의 결정과 권고에 대하여 아무런 조치도 취하지 아니하고 있는 대한민국과는 달리 상당수의 국가들은 국제인권기구의 권고에 대하여 이를 이행하기 위한 나름의 여러 가지 성의 있는 조치를 취하고 있다. 다음은 그 사례들이다.

---

29) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 17.

30) CCPR/C/51/D/489/1992.

31) CCPR/C/79/Add. 114. para. 21.

A. 남아프리카공화국은 헌법 제39조 제1항 (b)에서 권리장전(Bill of Rights)을 해석할 때 법원 등은 국제법을 고려하여야 한다 라고 규정하고 있다. 이에 따라 법원에서 권리장전의 해석시, 특히, 헌법이 국제인권조약에 사용되었던 용어와 유사한 용어를 사용하고 있는 경우 국제법에 의존하고 있다.

B. 오스트레일리아의 인권법(Human Rights Act 2004) 제31조는 인권을 해석함에 있어서 인권과 관련된 국제법, 국제적 및 외국 법원, 중재재판소의 결정이 고려될 수 있다 라고 규정하고 있고, 국제법에 대한 정의에서 '국제법'에 유엔인권조약기구의 일반논평이나 견해를 포함하고 있다. 오스트레일리아 법원은 인권이사회의 견해가 오스트레일리아 국내법정에서 선례로서의 권위(precedential authority)는 인정되지 아니한다 하더라도 인권조약기구에 의하여 설립된 전문가기구의 의견으로서 존중되어야 하며, 따라서 국내법원은 인권조약을 해석함에 있어서 전문가기구로서의 인권이사회의 견해를 존중하는 것이 적합하다 라고 판단하고 있다.

C. 헝가리와 폴란드는 국제인권조약기구의 결정에 대하여 이를 형사소송법에서 재심사유로 규정하고 있다.

D. 그 외 콜럼비아는 인권이사회의 결정을 이행하는 특별법을 제정하여 피해자에게 보상을 하여 주고 있고, 이러한 법제도가 없는 경우에도 네덜란드, 노르웨이 등 상당수의 국가들이 행정적인 조치로서 피해자에 대하여 이른 바 시혜적인 금전보상(ex gratia)을 하여 주고 있다.

29. 인권이사회는 선택의정서에 따른 개인통보사건의 심사기능을 수행하기 위하여 심리 중인 사건에 대하여 규약의 해석을 채택할 권한이 있음은 명백하다. 만일, 인권이사회의 결정이 권고적 효력만을 갖고 있으므로 인권이사회의 결정을 이행하지 아니하고 무시한다면 대한민국이 선택의정서에 가입하여 인권이사회에 대하여 대한민국에 대한 개인통보사건을 심사하도록 허용한 의미가 무엇인지에 대한 의문이 들지 않을 수 없다.

30. 특히, 인권침해에 대하여 구속력 있는 결정을 내릴 수 있는 지역인권기구제도를 갖지 아니하고 있는 아시아 지역의 경우 인권이사회와 같은 유엔의 인권조약기구가 인권의 국제적 보장을 담보할 수 있는 유일한 통로라고 할 수 있다.

31. 따라서 대한민국은 인권이사회의 결정이 구속력이 없고, 국내 사법부의 판단과 배치되므로 아무런 조치를 취할 수 없다는 소극적인 태도를 버리고, 다른 조약당사국의 예에서 볼 수 있듯이 인권이사회의 결정을 최대한 존중할 수 있는 법과 제도적 장치를 조속히 마련하여야 한다.

유보의 문제점

제14조 제5항

32. 대한민국정부는 대한민국 헌법을 포함한 국내법이 규정에 합치되도록 규약 제14조 제5항이 적용되어야 한다고 선언하였다[32]. 그 후 대한민국정부는 제1차 정부보고서를 통하여 헌법 110조 제4항 및 군사법원법 제534조[33]가 비상계엄 하에서 일정한 범죄에 대하여 사형의 경우를 제외하고는 단심으로 할 수 있게 한 것이 유죄판결을 받은 모든 사람에게 법률에 따라 그 판결 및 형벌에 대하여 상급 법원에서 재심을 받을 권리를 보장한 규약 제14조 제5항과 상충하기 때문에 본 조항을 유보하는 것이라고 설명하였다[34].

33. 네덜란드정부는 대한민국정부의 이러한 유보가 규약의 대상과 목적에 반하므로 명시적으로 반대한다는 입장을 밝혔고[35] 영국정부는 이러한 유보가 의도하는 효과의 충분한 표시가 없이는 이를 사실상 받아들일 수 없다는 입장을 밝힌바 있다[36]. 인권이사회도 2번에 걸친 최종평가에서 계속하여 본 조항의 유보 철회를 강력하게 권고한바 있다[37]. 한편 대한민국정부도 아동권리협약 등 이미 가입한 6대 국제인권규약 중에서 현재까지 유보하고 있는 조항들의 철회 여부 등을 검토 중임을 주장하고 있다[38].

34. 헌법 제110조 제4항은 비상계엄 하에서만 적용이 가능하고, 비상계엄이란 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가 비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상의 필요에 응하거나, 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여"만 선포될 수 있다[39]. 따라서 헌법 제110조 제4항에 따라 예외적으로 단심재판이 이루어질 수 있더라도 이는 비상계엄의 선포를 전제로 이루어지는 것이기 때문에, '공공의 비상사태'의 예외를 규정하고 있는 규약

32) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm.

33) "비상계엄이 선포된 지역에 있어서는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제2편제3장의 규정을 적용하지 아니한다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 군형법 제1조제1항 내지 제3항에 규정된 자
2. 군형법 제13조제3항의 죄를 범한 자와 그 미수범
3. 군형법 제42조의 죄를 범한 자
4. 군형법 제54조 내지 제59조 및 동법 제78조의 죄를 범한 자와 동법 제58조의2 및 동법 제59조제1항의 미수범
5. 군형법 제87조 내지 제90조의 죄를 범한 자와 그 미수범."

34) CCPR/C/68/Add.1 para. 218.

35) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm.

36) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_2.htm.

37) CCPR/C/79/Add.6 para. 9; CCPR/C/79/Add.114 para. 20.

38) 법무부, 「2006년 법무부 인권비전」(2005년 12월 26일), p.5, http://www.moj.go.kr/.

39) 계엄법 제2조 제2항 참조.

제4조 제1항에 해당하므로 대한민국은 의무이행의 예외를 인정받을 수 있다. 제14조 제5항은 제4조 제2항의 예외불가 대상에도 포함되지 아니한다.

35. 다만 비상계엄하에서 단심재판이 예외적으로 가능하다고 하더라도 규약 제4조 제1항에 규정된 요건들에 따라 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 정도에 제한된 조치로서 비례의 원칙을 준수해야 할 것이다. 우리 헌법 제110조 제4항의 단심재판은 이러한 비례의 원칙도 충족하고 있는 것으로 보인다. 즉 제110조 제4항상 단심재판의 대상범죄는 군인, 군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄, 초병, 초소, 유독음식물 공급, 포로에 관한 죄와 같이 평시에도 군사재판의 대상이 되는 것으로서 군의 기능유지와 밀접한 관련이 있는 것이며, 비상계엄은 전국을 대상으로 하는 것이 아니라 비상계엄이 필요한 지역에 한하여 선포되는 것이 원칙이고, 비상계엄이 선포된다고 하더라도 일정한 범죄에 대한 군사재판에서의 상소만 부인되고 일반 법원에서의 상소권은 보장되므로 규약 제4조 제1항 상의 비례성의 요건들에 합치되는 것으로 판단된다[40]. 따라서 헌법 제110조 제4항은 규약 제4조를 통하여 대처가 가능하고 규약 제14조 제5항이 국내법에 배치되지 아니하므로 대한민국은 본 조항의 유보를 유지할 이유가 없고 바로 철회가 가능하다.

제22조

36. 대한민국정부는 대한민국 헌법을 포함한 국내법이 규정에 합치되도록 규약 제22조가 적용되어야 한다고 선언하였다[41]. 그 후 대한민국정부는 제1차 정부보고서를 통하여 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가지도록 규정하고 있고 이에 따라 노동조합법, 국가공무원법[42] 등에서 공무원의 노동3권을 제한하고 있으므로 규약 제22조를 유보하였다고 설명하고 있다[43].

---

40) 계엄법 제3조 "대통령이 계엄을 선포할 때에는 그 이유·종류·시행일시·시행지역 및 계엄사령관을 공고하여야 한다."

41) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm.

42) 국가공무원법 제66조(집단행위의 금지) "제1항 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.
제2항 제1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다."

43) "공무원 및 국·공립학교 교원(국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조), 사립학교 교원(사립학교법 제 55조) 등은 노동조합을 조직하거나 가입할 수 없도록 되어 있다. 그러나 사실상 노무에 종사하는 공무원(체신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업 현장에서 노무에 종사하는 기능직 공무원 및 고용직 공무원: 공무원 복무규정 제28조)은 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조의 적용을 받지 않으며, 노동조합을 결성하거나 이에 가입할 수 있다. 이와 같이 공무원의 노동3권을 제한하고 있는 취지는 공무원은 헌법 제17조에 따라 국민에 대한 봉사자로서 국민 전체에 책임을 지는 특수한 위치에 있으며, 국가운영의 근간을 이루고 있는 공무원은 국민생존권을 지지하는 최후의 보루이고, 단체교섭의 결과는 궁극적으로 국민 부담으로 귀결되기 때문이다. 따라서 공무원의 노동3권 허용은 국가가 처한 여건이나 국가발전 정도 등에 따라 검토되어야 할 사항

37. 독일정부는 대한민국정부의 이러한 유보가 국내법체계를 통하여 제22조 상의 의무를 제한하고자 하는 것은 아니라고 해석한다고 언급하였고, 규약 제14조 제5항 유보와 마찬가지로 네덜란드정부는 이러한 유보가 규약의 대상과 목적에 반하므로 명시적으로 반대한다는 입장을 밝혔으며[44] 영국정부는 이러한 유보가 의도하는 효과의 충분한 표시가 없이는 이를 사실상 받아들일 수 없다는 입장을 밝힌바 있다[45]. 인권이사회도 제2차 정부보고서에 대한 최종평가에서 본 조항의 유보 철회를 강력하게 권고한바 있다[46]. 한편 대한민국정부도 아동권리협약 등 이미 가입한 6대 국제인권규약 중에서 현재까지 유보하고 있는 조항들의 철회 여부 등을 검토 중임을 주장하고 있다[47].

38. 또한 대한민국정부는 제3차 정부보고서에서 정부의 노력을 언급하고 있다[48]. 즉, 1999년 1월 29일 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률을 제정, 1999년 7월 1일부터 교원에 대해 교원의 신분적 특수성을 감안하고 학습권 침해를 방지하기 위해 단체행동권을 제외한 단결권, 단체교섭 및 협약체결권을 인정하였음[49]을 강조하고 있다. 또한 공무원의 단결권 문제와 관련하여서는, 1998년 2월 20일 공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률이 제정됨에 따라 1999년부터 행정기관 단위로 6급 이하 공무원이 가입한 '공무원직장협의회'가 결성되어 활동하고 있고 정부는 2002년 10월 18일 공무원조합의 설립 및 운영 등에 관한 법률안을 마련하여 국회에 제출하여 현재 국회에 계류 중이며, 새로 교원노조법과 유사한 수준으로 공무원의 단결권을 보장할 수 있도록 하는 내용의 개정안을 마련하여 국회에 제출할 예정임을 밝히고 있다. 다만, 공무원이 수행하는 업무의 공공성 및 신분적 특수성을 감안하여 단체행동권은 제한하게 될 것임을 언급하고 있다[50].

39. 그 후 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률이 2005년 1월 27일에 공포되어 2006년 1월 27일부터 시행되고 있다. 본 법은 국회·법원·헌법재판소·선거관리위원회·행정부·특별시·광역시·도·시·군·구(자치구를 말한다) 및 특별시·광역시·도의 교육청을 노동조합 설립의 최소단위로 하고[51] 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위를 6급 이하 일반직공무원으로 하되, 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하는 공

이다." CCPR/C/68/Add.1. para. 276.

44) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm.

45) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_2.htm.

46) CCPR/C/79/Add.114 para. 20.

47) 법무부, 「2006년 법무부 인권비전」(2005년 12월 26일), p.5, http://www.moj.go.kr/.

48) CCPR/C/KOR/2005/3 para 20.

49) CCPR/C/KOR/2005/3 para 316.

50) CCPR/C/KOR/2005/3 para 317.

51) 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제5조제1항

무원 등에 대하여는 노동조합 가입을 금지하고 있다. 또한 공무원 노동조합 대표자의 교섭 및 단체협약 체결권을 인정하되[52] 정치활동 및 파업·태업 등 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 할 수 없도록 하고 있다.[53]

40. 공무원의 노동3권 제한을 위한 유보라는 대한민국정부의 입장에 비추어 공무원이 아닌 사립학교 교원을 포함한 교원 전체에 대하여 노동3권을 제한하여 온 것은 제22조의 유보를 감안하더라도 명백한 규약위반이다. 따라서 현재 정부가 교원에 대하여 노조 설립을 인정한 후에도 대학교수의 노조 설립은 불허하고 있는 것은 규약위반임이 명백하며 이는 유보의 문제와는 무관하다. "초·중·고교 교원과 달리 대학교수의 노동조합 결성권을 인정하지 않고 노조설립신고서를 반려한 것은 대학교수에 대한 합리적 이유 없는 차별"이라며 2005년 10월 전국교수노동조합이 노동부를 상대로 제기한 진정에 대해 국가인권위원회가 "헌법과 국제인권법에 합치하도록 대학교수의 노동기본권을 보장하는 입법조치가 필요하다. 다만, 헌법이 보장하고 있는 노동기본권의 본질적 내용이 침해되지 않는 범위 내에서 학생들의 학습권 존중의 필요성 등 대학교수의 직무상, 법률상 지위의 특수성을 고려하여 그 보장범위를 일정 정도 조정할 수 있다"라는 의견을 국회의장에게 표명하기로 결정한 것[54]은 이를 반영한 것이다.

41. 노동3권은 사용자와의 관계에서 약자에 지위에 놓일 수밖에 없는 노동자에게 가능한 대등한 지위를 부여하기 위하여 보장되는 권리라는 점에 비추어, 1) 정부가 주장하여 온 공무원의 노동3권 제한의 취지는 공무원에게 대국민 설득까지를 요구하여 노동3권의 행사를 사실상 제약하는 요소로 작용하고, 2) 사용자로서의 정부는 스스로의 경제적 부담이 아닌 세금이라는 국민의 부담으로 공무원과의 노사관계를 형성하기 때문에 노동3권이 목적으로 하는 노동자의 집단적 영향력의 행사로부터 자유로울 수 있다는 점에서 공무원은 일반 노동자에 비하여 더욱 열악한 지위에 놓여 있다. 3) 또한 제22조 제2항에서 노동3권의 제한 사유를 포괄적으로 규정함과 동시에 공무원 중 군대와 경찰의 노동3권 제한 가능성을 열거적으로 규정하고 있다는 점에서 대한민국정부의 공무원 일반에 대한 노동3권 제한을 이유로 한 제22조의 유보는 조약의 객체와 목적에 반하는 허용불가능한 유보로 보아야 한다.

42. 따라서 대한민국정부의 제22조에 대한 유보는 유보로서 성립하지 않는다고 보아야 한다. 다만, 공무원의 노조설립권이 인정된 현재의 상황에서는 무엇보다도 대한민국정부의 유보의 유지가 필요하지 않음이 강조될 필요가 있다.

52) 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조.

53) 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제4조 및 제11조.

54) 국가인권위원회 2006년 3월 27일 보도자료.

제 3 부

남녀동등권리보장

민법상 가족제도의 정비

43. 2005년 3월 2일 호주제폐지를 골자로 하는 민법개정안이 통과되었다. 정부는 개정 민법이 시행될 2008년 1월까지 새로운 신분등록제도를 마련하여야 한다.
호주제의 폐지는 가족관계에서의 양성평등주의 실현을 위한 진일보한 조치로 평가될 수 있다. 다만 개정 민법은 자녀의 성을 결정함에 있어 부성을 원칙으로 하되, 혼인신고시 달리 협의하거나 자의 복리를 위하여 법원의 허가를 얻은 경우에는 모성을 따를 수 있도록 하였다(제781조). 예외없는 부성강제주의를 취하였던 종전 민법에 비하면 발전된 조항이라 하겠으나, '부와 남성을 가족의 중심에 놓게 하고 가족 내 여성의 지위를 남성에 비해 부차적이고 열등한 것으로 취급하는'[55] 부성주의를 유지하는 것은 양성평등원칙에 반한다.

여성의 공직 및 정치 참여 확대

여성의 공직 참여 확대

44. 여성가족부의 2005년 통계에 따르면, 2004년 12월 말 현재 행정부, 입법부, 사법부 등을 통틀어 여성공무원은 298,352명이다. 이는 2002년말 기준 286,074명보다 12,000명 가량 증가한 숫자이다[56]. 여성 공직자의 증가는 헌법재판소 위헌결정에 따른 군가산점 제도 폐지(1999)로 채용 단계에서의 남녀불평등 요소가 제거되고 여성채용목표제(1996~2002) 및 이에 뒤이은 양성채용목표제(2003~2007) 등의 제도가 마련된 점과 함께 비교적 안정적이고 성차별이 적은 공직을 선호하는 여성이 증가한 것이 주요 원인이라 할 수 있다.

45. 그러나 여성의 수가 증가한 만큼 공직 분야에서 여성의 실질적 위치가 향상되었다고 보기는 어렵다. 2005년 3월 기준 48개 중앙행정기관 5급 이상 고위 여성관리자는 1,203명으로 해당 계급 전체인원의 7.4%에 불과하다[57] . 나머지 여성은 6급 이하 일반직에 종사하고 있어 공무원의 지속적인 증가에 불구하고 대부분의 여성 공무원들은 여전히 하위직에 머물러 있

55) 헌법재판소 2005.12.12자 보도자료. 헌법재판소 역시 부성주의를 규정한 것 자체는 헌법에 위반된다고 할 수 없으나 예외를 규정하지 아니한 것은 위헌이라는 태도를 취하였으며, 개정 조항은 위와 같은 헌법재판소의 입장을 상당부분 반영한 것으로 보인다.

56) 여성가족부 2005년 통계자료.

57) 여성가족부 2005년 통계자료.

다.

46. 여성공무원들의 하위직 집중현상을 여성의 공직참여 확대를 위한 제도적 조치 시행에 따른 과도기적 현상이라 볼 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 여성 공무원들 역시 다른 사회·경제활동 참여 여성들이 겪고 있는 어려움, 즉 승진에 있어 유리장벽의 존재 및 모성보호를 위한 제도적 장치의 미비, 취업여성에게도 전통적인 가정주부의 역할을 요구하는 사회적 분위기로부터 자유롭지 아니함을 고려한다면, 단순히 채용 단계에서 여성의 숫자를 보장하는 것만으로 위와 같은 기형적인 쏠림 현상이 자연스럽게 시정될 것을 기대하기는 어렵다. 따라서 채용단계에서의 할당제에 국한되어 있는 현재의 국가공무원법을 개정하여 승진할당제 등 여성이 정책결정과정에 실질적으로 참여할 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다.

여성의 정치 참여 확대

47. 2004년 국회의원 선거에서 선출된 여성 국회의원의 숫자는 2000년의 16명의 2.5배인 39명(비례대표 29명 포함, 13%)이고, 2006년 지방자치선거에서도 광역의원 733명 중 85명(비례대표 53명 포함, 11.6%), 기초의원 2,888명 중 437명(비례대표 327명 포함, 15.1%)명의 여성이 당선되었다.

48. 공직선거법상 여성추천할당제가 여성정치인의 증가에 기여한 것은 사실이다. 그러나 2004년 국회의원 선거 당시, 주요 정당들은 지역구 의원 후보의 모두 4~5%만을 여성으로 추천하여, 당선된 여성의원 대부분은 비례대표였다. 현행 공직선거법상 여성후보할당조항은 권고적 효력밖에 없다. 전체 의석 중 10%에 불과한 비례대표의석만을 여성에게 할당하는 기형적 공천방식을 개선하기 위한 제도적 장치가 시급하다.

여성의 노동 활동 참여를 위한 제도적 조치

육아휴직제도

49. 노동부의 통계에 의하면 2002년에는 3,763명(여성: 3,685명, 남성: 78명), 2003년에는 6,816명(여성: 6,712명, 남성: 104명), 2004년에는 9,303명(여성: 9,122명, 남성: 181명), 2005년에는 10,700명(여성: 10,492명, 남성: 208명)이 육아휴직급여를 지급받았다[58]. 남성의 경우에는 거의 0%에 가까운 수치라고 할 수 있으며, 여성의 경우에도 2002년 이후에 수급자가 그다지 크게 증가하지 않았다. 즉 남성근로자의 경우는 말할 것도 없고, 여성근로자의 경우에도 육아휴직을 신청하는 것이 사회적으로 일반화되지 않고 있다.

50. 여성근로자들이 육아휴직을 사용하지 않는 주된 이유로는 ① 보육대행자의 존재(대부

58) http://www.molab.go.kr/download/_20060220152113795(통계).hwp

분 가족이나 친지) ② 임금 대비 과소 휴직급여 ③ 동료들의 업무량 증가에 대한 우려 ④ 고용불안 등을 들 수 있다[59]. 육아휴직급여액이 5년에 걸쳐 월20만원에서 30만원으로 그리고 다시 월30만원에서 40만원으로 증가되었고, 노동부가 장차 육아휴직급여액을 임금의 40%까지 증가시킨다는 계획을 가지고 있기는 하지만, 현행 휴직급여액이 현실화되지 않는 이상 여성근로자들은 휴직을 선택하기보다는 수령하는 임금을 사용한 대안을 찾을 것임이 분명하다. 나아가 양성간 임금격차를 고려할 때 적은 휴직급여액수는 남성들로 하여금 육아휴직의 신청을 더더욱 기피하도록 만든다. 결국 당연히 사회적 비용으로 해결되어야 할 자녀보육부분이 여전히 사적 차원에서 해결되고 있는 것이다. 따라서 육아휴직급여의 사회부담분을 확대시키고 그 재원을 마련하기 위한 구체적인 계획이 필요하다.

직장보육시설과 보육시설의 우선적 이용

51. 산전 • 후휴가를 받은 여성근로자의 10%가 충분한 보육지원을 제공받지 못하여 퇴직을 하고 있으며, 출산 이후 퇴직한 여성근로자의 68%가 보육상의 어려움을 퇴직사유로 제시하고 있다[60]. 대한민국정부는 이러한 문제를 해결하기 위하여 일정한 사업장의 경우 직장보육시설의 설치를 의무화하고 있으나, 사업주가 보육시설 설치의무를 위반하여도 이에 대한 제재가 전혀 없다.

52. 2005년 6월 현재 직장보육시설을 설치하여야 하는 상시 여성근로자 300인 이상의 254개 사업장 중 84개만이 보육시설을 설치하고 있고, 상시 여성근로자 300인 이상 또는 근로자 500인 이상을 고용하고 있는 사업장, 즉 2006년 1월 30일 이후에 직장보육시설의 설치의무를 부담하는 사업장 637개 중 530개의 사업장은 직장보육시설을 설치하지도 보육수당을 지급하지도 않고 있다[61].

53. 또한 영유아보육법에 의하면 사업주는 보육시설을 설치하는 대신 보육수당을 지급할 수 있다. 2005년 1월 1일 현재 사업주가 근로자에게 지급하여야 할 보육수당 액수는 76,500원~149,500원이다. 사업주의 입장에서는 직장보육시설을 설치 • 운영하는 것보다 보육수당을 지급하는 것이 훨씬 더 비용을 절감할 수 있다는 것을 부인할 수 없다. 따라서 현재의 법령이 자녀를 둔 여성의 노동활동 참여를 위하여 실질적인 역할을 수행하는지에 의문이 있다.

54. 대한민국정부는 제3차 보고서에서 저소득층에 대한 보육료 지원사업, 영아나 장애아에 대한 보육시설 확충 및 야간과 휴일 보육서비스 제공을 지원하고 있다고 서술하고 있으나,[62] 구체적으로 그러한 지원을 필요로 하는 수요와 실제로 제공되는 지원에 대한 구체적

59) 장지연, '산전후휴가・육아휴직 관련 실태조사 결과'(노동부 연구용역, 2002).

60) 2005.10.25. 노동부 보도자료 '사업장 직장보육 실태조사 실시'.

61) 위 보도자료 붙임 1,2.

인 자료를 전혀 찾을 수 없었다.

비정규직 여성의 증가에 따른 모성보호제도의 실효성 저하

55. 2006년 2월 현재 비정규직 여성근로자는 전체 임금근로자의 25.48%, 전체 여성임금근로자의 60.4%에 달하며, 여성들이 주로 출산을 하는 25세부터 34세 사이 여성근로자의 51.7%가 비정규직이다[63].

56. 비정규직 근로자의 일반적인 근로환경은 정규직 근로자의 그것에 비하여 매우 낮은 수준이다(한 예로, 2004년 11월 현재 법정 최저임금 2,840원(시급 기준) 미만인 근로자 125만명 중 대다수인 118만명(94.2%)이 비정규직이고, 또한 남성 정규직의 임금을 100으로 할 때 여성 비정규직의 임금은 43에 해당한다. 또한 정규직은 81~99%가 퇴직금 • 상여금 • 시간외수당 • 유급휴가의 적용을 받지만, 비정규직은 14~19%만 그 적용을 받고 있다.).[64] 출산 전후나 육아기의 비정규직 여성근로자에 대한 특별한 보호를 기대하는 것은 어렵다. 실제로 대부분의 비정규직 여성근로자들은 임신 • 출산을 이유로 재계약이 거부되거나 계약해지를 당하고 있다. 전체 여성근로자의 60.4%에 달하는 비정규직 근로자에 대한 특별한 조치 없이 현재의 모습으로 모성보호제도를 계속 시행한다면, 대한민국정부의 모성보호제도에 관한 의지는 크게 의심받게 될 것임이 분명하다.

양성간 임금격차

57. 2004년 6월 현재 여성근로자의 산술적인 월평균 임금총액은 남성근로자의 59.73%인 1,296,490원이다. 정규직의 월평균 임금은 남성의 61.45%이고, 비정규직의 월평균 임금은 남성의 77.97%이다.[65] 비정규직 여성근로자가 받는 월평균임금은 정규직 남성근로자의 월평균임금의 45.39%에 불과한 것이다. 2006년 2월 현재 비정규직 여성근로자가 전체 여성임금근로자의 60.4%에 달한다는 사실에 비추어볼 때 양성간의 임금격차문제는 매우 심각하다.

58. 노동부와 통계청의 임금격차에 관한 통계는 대부분 임금총액의 산술적 평균에 머물러 있다. 따라서 대한민국정부는 양성간의 실질적 임금격차를 평가할 수 있도록 '동일 노동에 대한 동일 임금의 원칙'에 입각한 통계를 제시할 필요가 있다. 그러나 산술적 평균에 입각한 통계자료에 의하더라도 양성간의 임금격차가 매우 심각한 수준임을 알 수 있다. 양성간의 임금격차문제는 비정규직 근로자문제와 융합되어 있으며, 두 문제 모두 동일노동 동일임금 원칙에 입각하여 해결되어야 할 문제이다. 대한민국정부는 동일노동 동일임금 원칙의 정착

62) CCPR/C/KOR/2005/3, para. 326.

63) 통계청, 경제활동인구조사, 종사상지위・성별 취업자 통계 (1982.7~2006.2)

64) 김유선, '비정규직 규모와 실태', 『노동사회』 2004. 11.

65) 한국노동연구원, 『사업체 근로실태 분석』2005. 8.

에 대한 구체적인 대책과 일정을 제시하여야 한다.

남녀고용평등법의 적용범위

59. 대한민국정부는 제3차보고서에서 2001년 8월 남녀고용평등법을 개정하여 이 법이 1인 이상 모든 사업장에 적용되도록 하였다고 보고하고 있다. 그러나 같은 법 제3조 제1항 단서와 같은 법 시행령 제2조 제2항에 의하면 4인 이하의 근로자를 가진 사업장에서는 남녀고용평등법의 핵심조항이 적용되지 않는다. 즉 4인 이하의 사업장에서는 동일노동 동일임금(제8조) 뿐만 아니라 복리후생상의 차별금지(제9조), 교육 • 배치 및 승진상의 차별금지(제10조), 정년 • 퇴직 및 해고상의 차별금지(제11조)가 모두 적용되지 않는 것이다.
2002년 현재 4인 이하 사업체에 종사하는 여성들은 전체 여성취업자의 56%에 달한다. 따라서 다수의 여성근로자가 남녀고용평등법의 핵심조항들의 적용범위에서 벗어나게 되며, 이는 결과적으로 이 법의 실효성을 현저히 떨어뜨린다. 효과적인 차별의 시정을 위해서는 위 법 시행령의 적용제외 조항을 삭제하여 모든 여성근로자들이 위 법의 적용대상이 되도록 하여야 한다.

고문 및 비인도적 처우 금지

수사기관의 고문 등 가혹행위

60. 위원회는 대한민국 정부의 2차보고서에 대한 최종견해에서, "검사가 구금 시설을 매달 감독하는 절차에 주목하지만, 이를 비롯해 여타의 체계들이 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 방지하기에 충분치 않다는 점을 우려한다. (중략) 위원회는 또한 본 규약 9조의 요건을 당사국이 준수하지 않는다는 점을 우려하고, 검찰 당국과 법원이 피고인과 공범의 자백에 광범위하게 의존하는 것으로 보이는 현상이 수사 공무원에 의한 고문과 잔인하고 비인도적인 처우를 부추긴다는 사실을 우려한다[66]."고 밝힌 바 있다.

61. 이와 관련하여 제3차 정부보고서에서는, 수사기관에서인권관련 내부준칙을 제정하고 일정한 공무원을 인권보호관으로 지정하여 고문 또는 비인도적인 처우를 방지하기 위한 자체적인 노력을 하고 있다고 하나[67] 이러한 인권보호관 제도가 어느 정도 실효성 있게 운영되고 있는가에 대하여는 아직 실태 파악이 이루어지지 않는 실정이고, 나아가 이러한 제도 개선시점 이후에도 계속 고문 등 가혹행위 의혹이 제기되는 사례가 있고 실제 법원에서 이를 인정하여 무죄판결을 내린 경우가 있다.
예컨대 2002. 10. 26. 서울지방검찰청 조사실에서 검사와 검찰직원, 경찰관들이 4일에 걸쳐 8명의 피의자들을 수사하면서 고문하였고, 그 결과 그 중 1명의 피의자가 사망한 사건(이른

66) CCPR/C/79/Add.114. para. 14.

67) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 115.

바 '조천훈 고문치사사건')이 발생하였다. 조사 결과 이들은 살인혐의로 피의자들을 긴급체포한 다음 밤샘수사를 하면서 발과 주먹으로 때리고 수갑을 채운 상태에서 기합을 주고, 심지어는 코와 입에 수건을 덮고 그 위에 10분간이나 물을 쏟아붓는 물고문까지 한 것으로 드러났다. 문제는 이러한 상징적인 고문사건 이외에도 대한변호사협회에서 매년 발간하는 인권보고서 등 관련자료에 비추어 보면 수사기관의 수사시 잠안재우기, 구타, 협박과 같은 고문행위가 최근에도 여전히 상당히 광범위하게 자행되고 있다는 것이다.

62. 따라서 고문 등 가혹행위 방지를 위한 수사기관의 그간의 자체적인 노력이 얼마나 실효성이 있었는지, 그리고 향후 이와 같은 사건의 재발방지를 위하여 얼마나 실효성이 있을지는 매우 의심스러운 상황이다. 또한 정부보고서에서는 수사기관이 자체적으로 심야조사를 금지하고 있다고 하고 있으나, 수사상 필요하다는 명목으로 주요 사건에서 자주 야간조사가 이루어지고 있는바, 야간조사는 그 자체로서 실질적으로 비인도적 처우가 될 수 있는 수사방편일 뿐 아니라 다른 고문 등 가혹행위를 쉽게 야기할 수 있는 수사관행이어서 수사상 편의를 위한 야간조사의 남용을 방지할 필요가 시급하다.

변호인의 조력을 받을 권리 제한 - 변호인의 피의자신문 참여권 문제

63. 수사기관에 의한 형사피의자나 피고인에 대한 고문 기타 가혹행위 방지를 위하여 가장 중요한 문제 중의 하나가 변호인의 조력을 받을 권리를 최대한 보장하는 것이다.
이와 관련하여 대한민국의 헌법과 법률은 원칙적으로 형사피의자 또는 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 그러나 실제로는 구속되어 있는 피의자나 피고인의 경우 변호인의 조력을 받을 권리를 광범위하게 침해 받아왔다. 그 이유는 수사기관이 구속상태를 피의자로부터 자백을 강요하여 받아내는 수단으로 혹은 피고인의 재판을 위한 방어준비를 방해하는 수단으로 이용하려 하고 있기 때문이다. 한국에서 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되는 모습은 (1) 변호인과 피의자의 접견 자체를 수사기관이 거부하는 경우, (2) 접견을 여러 방법으로 방해하거나 지연시키는 경우, 그리고 (3) 접견의 비밀을 침해하고 변호인과 피의자에게 부당한 영향을 주는 경우 등으로 나누어 볼 수 있다. 이러한 변호인의 접견권이 침해되는 사례는, 구체적인 통계자료는 나와 있지 않지만, 특히 국가보안법 위반사건을 수사하는 국가정보원과 경찰청(과거의 치안본부) 보안과, 국군기무사령부(과거의 보안사령부)의 경우에 침해되는 양상이 심각한 것이 현실이다.

64. 특히 이러한 변호인 조력권과 관련하여서는 한국에서는 그간, 기소되기 이전인 형사피의자에 대한 변호인의 피의자신문참여 제한의 문제가 많은 논란이 되어 왔다. 전반적으로 매우 억압적인 분위기에서 수사를 받는 피의자들은 변호인의 조력을 받지 못한 상태에서 수사기관에서 신문을 받는 경우 수사관의 질문에 묵비권을 행사할 것인지, 대답을 할 경우 그 내용이 자신에게 불리한 것인지, 유리한 것인지 등에 관하여 합리적인 결정을 하기 어렵다. 특히 구속되어 있는 피의자로서는 수사 도중 자신에게 가해지는 고문이나 가혹행위, 모욕적

이거나 비인도적인 처우 등에 대하여 사실상 무방비상태에 놓이게 된다. 그런 반면 수사기관에서 작성한 피의자신문조서의 내용을 피의자가 자유로운 분위기에서 잘 읽어 보는 것이 사실상 보장되지 않고 있기 때문에 피의자신문조서의 내용이 실제로 한 진술과 다르게 기재되어 있다는 주장이 종종 법정에서 제기되고 있다. 그러나 형사소송법상 검사가 작성한 피의자신문조서는 후에 피의자가 그 내용을 부인하더라도 조서에 찍혀 있는 무인이 자신의 것인 한 법원에 의하여 증거로 받아들여지게 되어 피의자로서는 큰 불이익을 당하게 된 다.(법률상 검사가 작성한 조서는 성립의 진정과 진술의 임의성이 인정되면 증거로 받아들일 수 있는데 법원은 임의성이 없다는 사정의 입증책임을 피고인에게 지우고 있다. 따라서 결국 성립의 진정만 인정되면 그 조서는 증거로 받아들여지는 것이다)

65. 한국의 현행 형사소송법상 형사피의자에 대한 변호인의 피의자신문 참여에 대하여는 이를 허용하는 명문의 규정이 없고, 현실적으로도 피의자신문 단계에서의 변호인의 적극적인 조력권은 보장되지 아니하고 단지 입회권 정도만 인정되거나 그러한 입회권 수준의 참여권마저도 부인되는 경우가 많은 것이 현실이다. 정부보고서는 최근(경찰은 1999년 6월부터, 검찰은 2002년 12월부터) 수사기관 내부적으로 지침을 마련하여 피의자신문시 변호인의 참여를 원칙적으로 허용함으로써 획기적인 인권보장장치를 마련[68]하였다고 하고 있으나, 이러한 지침 시행 이후인 2003년에도 송두율 교수에 대한 국가보안법 사건에서 변호인의 피의자신문 참여요청이 검찰에 의해 부인되었다가 법원에 의하여 번복된 사례가 있다[69]. 즉 수사기관은 최근까지 법규정이 없음을 이유로 변호인이 피의자 신문시 참여하는 것을 거부하여 오다가 2003.11.11. 대법원에서 피의자 신문시 변호인참여를 거부할 수 없다고 판결함에 따라 그 후 원칙적으로 변호인의 참여를 허용하고 있는 것이다. 변호인의 조력권을 실질적으로 보장하기 위하여는 변호인의 피의자신문참여권이 단순한 입회권 정도가 아니라 수사시 적극적인 조언, 반론권의 수준으로까지 보장되어야 한다.

66. 최근 형사소송법 개정안에서도 제243조의 2를 신설하여 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 조사 및 신문에 변호인을 참여하게 하도록 하였다. 그러나 변호인의 참여를 거부할 수 있는 사유가 "정당한 사유"라고 추상화되어 있어 이에 대한 수사기관의 자의적인 판단이 가능하다는 점에서 개정법도 여전히 변호인 참여권 보장에 대한 한계를 지낸 것으로 보인다[70]. 즉, 과거 수사기관이 변호인의 참여를 허용하는 내부지

---

68) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 229.

69) 법원은 동 사건에 대한 재항고 결정에서 변호인의 피의자신문참여권에 대하여"형사소송법에 명문의 규정이 없더라도 헌법의 정신과 형사소송법 제89조 변호인의 접견교통권을 유추하여 권리로 인정할 수 있다"고 판시한 바 있다 (대법원 2003.11.11. 선고 2003모402).

70) 최근 정부의 형사소송법 개정안은, 형사피의자에 대한 신문 시의 변호인의 참여권을 원칙적으로 인정하여 수사기관은 피의자 또는 변호인의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 "정당한 사유가 없는 한" 피의자에 대한 조사 및 신문에 참여하게 하여야 한다고 규정하고, 이와 관련하여 피의자신문 시 수사기관은 피의자에게 진술거부권 및 변호인조력권 등을 고지하여야 하고, 이러한 고지 이후에는 피의자가 진술을 거부할 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하고, 이에 대한 피의자의 답변을 조서에 기재하도록 하고 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 수사관이 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하도록 하고 있다.

침에도 불구하고 수사상 필요를 이유로 실질적으로 변호인의 피의자신문 참여를 제한하여 왔던 점에 비추어, 향후 개정안대로 법이 시행된다 하더라도 "정당한 사유"의 확대해석이나 기타 수사상 필요 등을 이유로 한 수사기관의 변호인 참여권 제한 시도가 계속 있을 것이 우려되는바 이를 어떻게 방지할 것인가에 대한 구체적 대책이 필요하다.

신체의 자유와 안전

긴급체포의 남용

67. 규약 제9조 제3항과 관련하여 제3차 정부보고서에서는 자의적인 체포, 구금을 금지하기 위하여 영장주의를 엄격히 적용하고 체포영장제도를 도입하였다고 하고 있다[71]. 그러나 대한민국에서는 실질적으로 사법기관의 심사없이 형사피의자를 체포 또는 구금할 수 있는 긴급체포제도의 남용과 그에 대한 사후통제 미비가 꾸준히 문제점으로 지적되고 있다.

68. 긴급체포란 체포 전에 영장을 발부받을 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우 수사관이 영장 없이 피의자를 체포할 수 있는 제도이다. 즉 피의자를 긴급체포하는 경우 수사관은 영장 없이도 48시간의 범위 내에서는 피의자를 사실상 구금할 수 있고, 만일 수사관이 48시간 동안 조사를 하여 본 후 혐의가 없다고 판단되면 그냥 풀어 주면 된다. 따라서 현행법상의 긴급체포규정에 의하면 수사기관이 긴급체포를 한 후 48시간 이후까지 계속 구금하기 위하여 구속영장을 청구하는 경우에는 법관에 의한 사후심사를 받게 되지만 48시간 이내에 석방해 버리면 체포의 적법성이나 정당성에 대한 사후심사의 기회가 배제되는 결과가 된다.

69. 이러한 긴급체포제도는 사실상 수사기관이 48시간 동안은 자의적으로 아무나 구금할 수 있는 권한을 부여한다는 점에서 남용되기 쉽고, 실제로 한국에서는 영장에 의한 체포보다 긴급체포의 비율이 더 높다. 수사기관의 피의자에 대한 고문 등 가혹행위가 대부분 체포와 동시에 또는 체포 후 즉시 가하여 진다는 점을 생각한다면, 가혹행위가 발생할 가능성이 가장 높은 체포 후 48시간까지 법원과 같은 외부기관의 통제가 전혀 이루어지지 않은 상태에서 수사를 할 수 있도록 허용하는 것은 고문 등 가혹행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것과 같으므로 긴급체포는 극히 예외적으로만 인정되어야 한다. 그러나 한국에서 긴급체포가 이루어지는 실태에 대한 통계자료를 보면 긴급체포에 의한 체포가 영장에 의한 체포의 경우보다 훨씬 많아 왔고, 나아가 긴급체포된 자 중 상당수가 혐의가 없다는 이유 등으로 석방되어 왔다. 정부의 최근 통계자료에 의하면, 어느 해의 총 체포자 중 영장에 의한 체포된 자의 비율이 2001년0.83%, 2002년 1.01%, 2003년 2.00%, 2004년 6.55%, 2005년 7.25% 정도임에 반하여, 총 체포자 중 긴급체포자의 비율은 2001년 16.22%, 2002년 16.14%, 2003년 14.16%, 2004년 9.18%, 2005년 6.56%로서 예외로서의 긴급체포비율이 원칙으로서의 영장체포비율을 상

71) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 133.

회하여 온 것을 알 수 있고 (다만 최근 들어 이러한 점이 개선되어 가고 있다), 긴급체포된 자 중 영장청구 없이 석방되는 자의 비율은 2001년 25.6%, 2002년 33.9%, 2003년 45.5%, 2004년 37.9%, 2005년 33.0%로서 약 30% 내지 40%에 이르고 있음을 알 수 있다[72].

▲ 영장에 의한 체포 비율

년	총 체포인원	영장에의한체포	영장에의한체포비율
2001	726,902	6,064	0.83%
2002	712,653	7,180	1.01%
2003	711,813	14,212	2.00%
2004	730,539	47,883	6.55%
2005	639,668	46,384	7.25%
2006(1월~5월)	209,673	17,175	8.19%

▲ 긴급체포비율

년	총 체포인원	긴급체포	긴급체포비율
2001	726,902	117,938	16.22%
2002	712,653	115,030	16.14%
2003	711,813	100,768	14.16%
2004	730,539	67,095	9.18%
2005	639,668	41,994	6.56%
2006(1월~5월)	209,673	12,535	5.98%

▲ 긴급체포된 자 중 석방되는 자의 비율

년	긴급체포 인원	영장청구없이 석방	석방비율
2001	117,938	30,157	25.6%
2002	115,030	39,020	33.9%
2003	100,768	45,827	45.5%
2004	67,095	25,431	37.9%
2005	41,994	13,856	33.0%
2006(1월~5월)	12,535	3,498	27.9%

예외적으로 이루어져야 할 긴급체포가 이처럼 남용되고 있는 것은 대단히 큰 문제이며, 실제로 한국에서 고문주장이 제기되는 사건의 대부분을 보면 피의자가 긴급체포된 경우이다.

72) 2006년 6월 22일 민변이 검찰에 청구한 정보공개내용.

70. 최근 대한민국 정부가 국회에 제출한 형사소송법 개정안은 판사가 원칙적으로 구속영장이 청구된 모든 사람에 대하여 피의자신문을 하도록 규정하고 있으나, 긴급체포 되었다가 수사관이 영장을 청구하지 아니하고 석방되는 경우에는 여전히 판사에게 수사관의 긴급체포에 대한 적법여부에 대한 심사기회조차 없다는 점에서 문제가 남아 있다. 또한 이와 관련하여 한국 정부는 최근 형사소송법 개정안을 입안하는 과정에서 나온 의견 중 원칙적으로 모든 긴급체포에 대하여 법원에의 체포영장 청구를 통한 사후 심사를 하자는 전향적 방안 대신에 긴급체포 후 피의자를 구속하고자 할 때에는 "불필요한 지체 없이" 법원에 구속영장을 청구하도록 하되 구속영장청구기간은 피의자를 체포한 때로부터 48시간을 넘을 수 없도록 하고 구속영장을 청구하지 아니하고 석방한 경우에는 그 사유를 30일 이내에 정기적으로 법원에 통지하게 하는 미온적 방안을 정부안으로 채택하여 국회에 제출한 상태이다.

인신구속의 남용

71. 규약 제9조 제3항은, "재판에 회부되는 사람을 억류하는 것이 일반적인 원칙이 되어서는 아니된다."고 규정한다. 이와 관련하여 위원회는 대한민국 정부의 2차보고서에 대한 최종견해에서, 과도한 기소전 구속(일반적인 사건의 경우 30일, 국가보안법 관련 사건은 50일)과, 그러한 구금의 정당한 근거 부족은 한국정부의 규약 9조 이행에 의문을 제기하였다[73].

72. 현재 대한민국에서의 상황을 본다면, 대한민국에서의 구속자 수는 1998년 영장실질심사 제도의 시행 이후 지속적으로 감소하고 있다고는 하나 다른 국가들과 비교하여 통계적으로 볼 때 그 구속자 비율은 아직도 대단히 높은 편이다. 정부의 최근 통계자료에 의하면, 어느 해의 총 형사사건 중 구속사건의 비율이 2001년 4.2%, 2002년 4.0%, 2003년 3.7%, 2004년 3.2%, 2005년 2.6% 정도인바, 이러한 수치는 분모가 되는 숫자가 각종 경미한 사안까지 모두 포함하여 한 해 접수된 총 형사사건이라는 점에 비추어 볼 때 아직도 과도한 것이다. 또한 입법적인 측면에서도, 위원회가 과다하다고 지적한 기소전 구속기간 30일/50일 그대로 유지되고 있다.

▲ 형사사건 중 구속사건의 비율

73) CCPR/C/79/Add.114. para. 13.

년	전체사건 접수인원	구속인원	구석인원 비율
2001	2,426,050	101,953	4.2%
2002	2,416,711	96,572	4.0%
2003	2,441,267	90,387	3.7%
2004	2,606,718	82,504	3.2%
2005	2,384,613	62,078	2.6%
2006(1월~5월)	935,515	18,766	2.0%

73. 이와 같은 높은 구속수사비율 및 긴 구속기간은 고문 등 가혹행위의 발생에 상당한 영향을 미치고 있음은 물론이다. 최근 정부의 형사소송법개정안은 구속의 남용을 방지하기 위하여 구속영장심사단계에서 조건부석방 등 몇 몇 제도를 도입하였는바, 이와 같은 이러한 제도적 개선이 얼마나 현실에 잘 적용될 수 있는 것이며 현재의 높은 구속율과 구속수사원칙 관행의 개선에 얼마나 영향을 미칠 수 있는지 주목하여야 한다.

인신구속에 대한 사법적 통제

74. 위원회는 대한민국 정부의 2차보고서에 대한 최종견해에서, 오로지 피구금자가 요구하는 경우에만 구금의 사법부의 심사를 받도록 하는 형사절차법은 규약 9조3항에 반한다. 규약의 9조3항은 형사기소(criminal charge)로 구금된 모든 사람은 판사 혹은 법에 의해 사법권을 행사하도록 돼 있는 다른 관리의 심사를 받을 수 있어야 한다고 명시한다[74] 고 밝힌바 있다. 이에 대하여 제3차 정부보고서는 최근 대한민국 정부는 이러한 위원회의 지적을 받아들여 구속영장이 청구된 모든 피의자에 대하여 필요적으로 판사의 심문을 받도록 형사소송법 개정을 추진하고 있다고 밝히고 있다[75].

75. 이와 관련하여 최근 정부의 형사소송법 개정안에 따르면, 피의자에게 구속영장이 청구되거나 피고인이 구속되는 경우에는 의무적으로 국선변호인을 선정하도록 하고, 체포된 피의자에 대하여 구속영장청구를 받은 판사는 모든 피의자에 대하여 지체 없이 (특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음 날까지) 심문하도록 개정하였다. 또한 현행 형사소송법상 구속취소제도, 보석제도 및 구속적부심사제도 등 다양한 석방제도를 개정법에서는 피고인의 석방심사제도와 피의자의 석방심사제도로 구분하여 운영하도록 하고, 구속영장심사단계에서 구속영장을 발부함과 동시에 조건부로 석방할 수 있는 근거를 마련하였다. 이러한 형사소송법 개정안에 포함된 정부측의 주요개정내용 설명은 위와 같은 점들을 근거로 하여 석방심사제도가 합리적으로 개편되어 인신구속에 대한 효율적인 통제가 가능하게 되고, 피고인 및 피의자에 대한 석방기회의 확대를 통하여 불구속재판의 원칙을 관철할 수

74) CCPR/C/79/Add.114 para. 13.

75) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 144.

있게 되었다고 하고 있다. 이와 같은 구속심사 제도에 대한 개정방향, 특히 구속전 피의자신문제도의 필요적 운영은 원칙적으로 현행법에 비하여 개선된 것으로서 향후 국회 심사과정 및 안정적 제도화 여부가 주목된다.

76. 그러나 이 문제와 관련하여 주목하여야 할 점은, 구속요건 자체가 추상적으로 정하여져 있고 석방요건 역시 구속사유가 없거나 소멸한 때, 구속함이 상당하지 아니한 때 등으로 추상적으로 정하여져 있는 현실 하에서 인신구속의 남용을 궁극적으로 방지하기 위하여는 이러한 제도를 운영하는 법관이나 수사관의 구속기준에 대한 기본적 패러다임의 전환(즉 죄질을 주된 기준으로 한 구속수사 원칙에서 도주/증거인멸의 필요성을 주된 기준으로 한 불구속수사 원칙으로의 전환)이 필요하다는 것이다. 그러나 현재 한국의 법률 현실에서는 제도의 운영자들이 이러한 의식의 전환을 할 만한 별다른 동기나 조짐을 찾을 수 없고, 이러한 전환을 유도할 만한 제도의 확립, 개선노력도 보기 힘들다.

사생활, 가정, 주거, 통신의 자유

사생활의 자유

성전환자의 성별변경

77. 대법원은 2006. 6. 22. 성전환자의 호적정정 및 개명을 허가하는 최초의 판결을 한 바 있다[76]. 대법원의 결정은 성전환자의 성별변경에 관한 제도적 절차가 존재하지 않는 가운데 하급심간의 결정이 일치하지 않아 혼란이 가중되던 상황에서 성전환자의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 인정하고 성별 변경의 일정한 기준을 제시했다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 이러한 결정에 기초하여 성전환자의 성별변경과 관련된 특례법 등을 제정하여 공부상의 성별을 정정할 수 있는 법적 절차를 마련하는 것이 필요하다. 또한 자신의 정체성을 확인하고 사회적으로 인정받기 위한 존재의 근원적 결정인 성전환수술에 대하여, 국가는 이를 재정적으로 지원해야 한다. 2006. 1. 국가인권위원회의 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안에서도 성별변경의 판단기준을 마련하고, 성전환 관련 수술에 대한 국민건강보험의 단계적 적용을 검토할 것을 권고하고 있다.

군형법상 '계간' 행위 처벌 규정

78. 군형법 제92조는 "계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다"라는 규정을 통하여 동성간 성행위를 추행으로 간주하여 처벌하는 규정을 두고 있다. 계간(&姦)이라는 용어의 사용 자체가 동성간 성행위에 대한 입법자의 차별적 시각을 반영하고 있는 것이며, 피해자

76) 대법원 2006년 6월 22일 2004스42.

의 의사에 반하는 강제성의 유무에 대한 고려 없이 동성간 성행위 자체를 처벌하는 것이다. 위 조항의 "기타 추행"부분에 대한 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 '추행'이란 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행 행위로 평가될 수 있는 행위로, 그 대표적이고 전형적인 사례가 이 조항에 예시된 '계간'이라고 봄이 상당하므로 헌법소원심판청구를 기각한다는 결정[77]을 통하여 "계간"에 대한 처벌이 합헌적일 수 있음을 간접적으로 판단한 바 있다.

79. 그러나 국가인권정책기본계획(NAP) 권고안은 동성애에 대한 편견과 차별을 내포하고 있는 군형법을 정비할 것을 권고하고 있다. 위와같은 헌법재판소의 판단은 동성간 성행위를 처벌하는 형법규정이 프라이버시에 대한 자의적인 침해임을 확인했던 Toonen v. Australia 사건[78]에서의 인권이사회의 입장과 배치된다. 동성간 성행위를 군 기강 문란 차원에서 일괄적으로 처벌할 것이 아니라 강제성 이 존재하는 경우에 성폭력의 정도에 따른 차등적 처벌과 피해자 보호, 범죄 예방 등의 효과를 고려하는 법률적 개선이 필요하다.

동성애자를 심신장애로 보는 규정

80. 군인사법 시행규칙 제53조는 전역 등의 기준을 정하면서 성적 선호장애라는 표현으로 동성애 기타 성적 지향을 성인행태장애로 분류하고 있으며, 징병신체검사등검사규칙은 신체검사 대상자의 질병 • 심신장애의 정도 및 평가기준을 규정하면서 성적 선호장애라는 표현으로 마찬가지의 분류를 하고 있다. 이러한 규정은 동성애에 대한 차별적 표현에 기초하여 군 내부에서 동성애자에 대한 인사상의 불이익을 주는 등 인권침해가 발생할 수 있는 법적 근거가 되고 있다.

81. 그러나 동규정은 1974년 미국정신의학회가 정신질환에 대한 통계편람인 DSM(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder)에서 "동성애"를 정신질환 목록에서 삭제하였고, 1993년 세계보건기구(WHO)가 발간하는 국제질병분류 ICD-10에서 "성적 지향은 정신적 장애와는 아무런 관련이 없다"고 판단하는 등 동성애를 정상적인 성적 지향의 하나로 인정하는 세계적 추세와 배치되는 것이다. 동성애를 정상적인 성적 지향으로 간주하고 동성애자의 인권을 보호해야 한다는 사회적 인식이 세계적으로 확대되고 있음에도 불구하고, 군 입대와 군대 내부의 인사 관련 규정에서 동성애 등을 인격장애 또는 행태장애로 분류하고 있는 것은 동성애에 대한 차별적인 인식이 국가기구 내에 엄연히 잔존하고 있음을 입증하는 것이다. 동성애 등 성적 지향을 이유로 전역 등을 명할 수 있도록 한 '군인사법시행규칙 및 별표1. 규정'은 명백히 성적 지향에 의한 차별로서 국가인권위원회법 제30조의 성적 지향에 의한 차별금지를 위반하는 것이며, 또한 동성애자라는 이유만으로 군대에서 퇴역할 것을 명한다면 이는 정당한 이유 없는 해고에 해당한다. 또한 동성애 등 성적 지향

77) 헌법재판소 2002.6.27 선고 2001헌바70.

78) CCPR/C/50/D/488/1992.

의 차이를 인격장애 및 행태장애로 규정하고 있는 '징병신체검사등검사규칙' 역시 편견과 차별적 시각에 근거한 것이며, 관련 규정의 입법취지가 동성애를 "질환"으로 분류하여야만 달성될 수 있는 것도 아니다. 따라서 이러한 규정은 폐지되어야야 한다.

개인정보의 보호

민간부문 개인정보보호 관련법 미비

82. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 민간 부문의 개인정보보호를 다루는 일반법이 아니다. 법의 적용 대상은 통신사업자와 여행업, 학원업, 항공운송업에 불과하며 의료, 보험, 은행, 슈퍼마켓 등에는 이 법의 적용대상에서 제외되어 있다. 사회 변화에 따라서 전자적(digital)으로 처리되는 개인정보의 양이 기하급수적으로 늘어나고 있는 상황에서 개인정보보호 관련 법제 정비는 더 이상 미룰 수 없는 시급한 문제이나, 주무 부처 선정에 관한 정부 부처간 의견대립으로 법제의 정비가 지연되고 있다. 특히, 한국은 개인정보보호를 위해 OECD(Organization for Economic Cooperation and Development)국가가 일반적으로 설치하고 있는 개인정보보호 감독기구를 아직 설치하지 않고 있다. 이에 시민단체들은2004년 "개인정보보호기본법안"을 국회에 상정했다. 시민단체가 주장하는 개인정보보호 감독기구의 역할은 공공기관과 민간기관을 구분하지 않고 ▷ 침해의 조사 및 구제 ▷ 개인정보보호 현황에 대한 감독 ▷ 개인정보 보호 관련 법·정책에 대한 연구 및 권고 ▷ 교육 및 홍보 등으로 규정하고 있다.

83. 또한 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 개인정보분쟁조정위원회는 개인정보에 관한 피해가 발생했을 경우 약 30만원 정도의 소액 배상 결정을 하는 사후적인 역할을 할 뿐이다. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 정하는 벌칙 조항이 매우 경미하기 때문에 수많은 개인정보침해 사건들이 발생하지만 그것으로 인하여 기업이 실질적 손해를 보거나 타격을 입는 경우는 거의 없다. 불법으로 얻은 이익이 벌칙 보다 크다는 한국의 현실은 개인정보보호에 부정적 역할을 하고 있으며, 정보통신부는 이러한 현실을 방치하고 있다. 또한 정보통신부는 강제적인 인터넷실명제를 시행하기위한 법률 개정을 추진 중이다. 인터넷에 익명으로 글을 쓰던 실명으로 글을 쓰던 그것은 개인과 그가 속한 커뮤니티가 자유롭게 선택할 일임에도 정보통신부는 표현의 자유를 억압하기 위한 도구로 오히려 불필요한 개인정보의 수집을 기업에게 강권하고 있는 것이다.

위치정보의보호및이용등에관한법률의 문제점

84. 정부가 입법발의하여 2005. 1. 27. 법률 제07372호로 공포된 "위치정보의보호및이용등에관한법률"은 ①위치정보사업자 및 위치기반서비스제공자 이외의 자(예 : 공공기관, 고용주, 비영리단체 등)가 수집하는 위치정보, ②단말기의 실제 소지자와 법적 소유자가 다른 경우

에 실제 소지자의 위치정보, ③위치정보보호가 GPS(Global Positioning System) 및 기지국을 통한 위치정보 수집에 편향되어 있어 후불형 교통카드나 RFID(Radio Frequency Identification) 등 다른 형태로 수집되는 위치정보에 대해서는 적절한 보호수단이 마련되지 않고 있다. 또한 위치기반서비스사업자가 정보주체의 동의 사실을 조작하여 위치정보사업자에게 정보제공을 허위로 요청하는 것을 예방할 수단이 없다는 문제점이 지적 될 수 있다.

에이즈 감염인 개인정보 실명보고의 문제

위임입법에 의한 실명보고의 문제

85. 현행 후천성면역결핍증 예방법은 "보건복지부령이 정하는 바에 의하여" 감염인에 대한 실명신고와 보고체계를 유지하고 있으며, 감염자 명부를 작성하여 관리하고 있다. 그러나 사생활의 비밀과 자유의 제한에 해당하는 병력정보의 신고, 보고사항 및 명부작성 사항을 법률에서 구체적인 사항을 규정하지 않고 대상의 전부를 하위 법령에 위임하는 것은 위임입법의 한계를 위반한 것으로 위헌, 위법한 규정이다.

침해의 최소성 원칙에 근거한 실명보고의 문제

86. 감염인의 병력정보에 대한 신고, 보고사항은 감염인의 사생활의 비밀과 자유에 대한 제한에 해당하는 바, 이러한 제한이 합헌적이기 위해서는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성 등 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 전염성 질환에 이환된 사람들에 대한 정보를 국가가 관리하는 것은 전염병의 발생과 유행, 전파를 통제하고 더욱 많은 사람들의 건강을 보호하기 위해서이며, 이에 따라 대부분의 국가들은 전염병 발생과 소멸에 대한 통계를 관리하고 있다. 그러나 국가의 질병관리라는 측면에서의 역학정보는 성별과 연령, 추정감염경로 등 정책근거가 될 수 있는 정보들만으로 충분하다. 후천선면역결핍증의 예방이라는 목적을 위하여 반드시 실명보고라는 수단을 선택하여야 하는 것은 아니다. 현재의 관리・통제에 기초한 보고시스템 내에서도 질병관리본부가 담당하고 있는 양성반응 여부 최종 판단, 역학조사 지시, 진료비 배정 등의 사항을 위해 감염인의 실명과 주민등록번호 등 개인정보가 질병관리본부에 축적・관리되어야 할 필요성과 타당성은 없다. 그러나 현행 제도는 HIV/AIDS 감염인의 모든 정보를 보건복지부로 보고하도록 하고 있으며, 이는 신고와 보고가 이루어지는 수많은 단계들에서 정보노출의 위험을 높일뿐더러 불필요한 정보의 집적이라는 측면에서도 감염인의 정보인권을 심각하게 침해하는 것이다. 신고 및 보고에 있어서 감염인의 개인정보의 내용은 필요 최소한으로 하고, 보고상의 단계를 되도록 간소화하는 방향으로 개정되어야 한다.

법률의 근거 없는 병력자 정보의 혈액원 제공

87. 후천성면역결핍증예방법상의 실명보고체계는 의사 등 -→ 보건소 → 시장, 군수, 구청장 → 시・도지사 → 질병관리본부에까지 이르고 있으며, 법적인 근거 없이 질병관리본부에 수집된 정보를 민간기관인 혈액원에까지 제공하고 있다. 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제2호[79]가 다른 기관에 정보를 제공할 근거규정이 될 수 있는 지 여부에 관하여 국가인권위원회는 위 법 제10조 제2항 제2호의 규정은 개인정보 보유기관이 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 위 기관 스스로 수행하기 위하여 당해 처리 정보를 보유 목적 이외의 목적으로 이용할 상당한 이유가 있는 경우를 의미하는 것이지 개인정보를 다른 기관에 제공하는 근거로 삼을 수 없다는 것을 두 건의 결정을 통하여 확인한 바 있다[80]. 특히 위 규정이 '상당한 이유'라는 불확정개념을 사용하여 자의적 확대해석에 의한 인권침해의 우려가 있는 상황에서는 이 규정을 제한적으로 해석하는 것이 필요하다. 따라서 기존의 국가인권위 결정례와 같이 위 규정을 타 기관에 대한 정보제공의 근거규정으로 볼 수 없다고 해석하는 것이 헌법상 사생활의 비밀과 자유 보장 및 정보의 직접 수집 원칙, 정보주체 동의의 원칙에 비추어 타당하다.

주민등록번호의 개인정보를 민간 기업에 개방

88. 정부는 2005년 주민등록법을 개정하여 제19조(주민등록사항의 진위확인) 조항을 신설하였다[81]. 이 조항은 공직선거법 제82조의 6(인터넷언론사 게시판・대화방 등의 실명확인) 제1항 '행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.'는 규정에 근거한 것이나, 개인정보를 축적한 국가 전산망을 민간 기업들이 사용할 수 있도록 개방하는 것으로 시민의 프라이버시권을 심각하게 위협하고 있다. 한국의 주민등록번호는 한번 부여되면 현실적으로 바꾸기가 거의 어려운 고정불변의 바코드 체계로서 그 자체의 반인권성은 물론이고 사회적인 오남용으로 인해 인터넷을 사용자의 4분의 1이 자신의 주민등록번호가 도용당한 피해를 입고 있는 등 개인의 의지와 무관하게 주민등록번호가 유출되는 사고가 계속하여 발생하고 있다. 이러한 상황에서 개인 사생활에 관련된

---

79) 제10조 (처리정보의 이용 및 제공의 제한) ①보유기관의 장은 다른 법률에 의하여 보유기관의 내부에서 이용하거나 보유기관외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보화일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니된다.
②보유기관의 장은 제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 개인정보화일의 보유목적외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.<개정 1999.1.29>
1. 정보주체의 동의가 있거나 정보주체에게 제공하는 경우
2. 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 당해 처리정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우

80) 운전면허 수시적성검사시 정신질환자 병력정보 제공에 관한 국가인권위 권고 결정(2002.7.30.), 보험업법 중개정 법률안에 대한 국가인권위 의견(2002.9.25.)

81) 제19조 (주민등록사항의 진위확인) 행정자치부장관은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 주민등록사항의 진위를 확인하여 줄 수 있다.
1. 공직선거및선거부정방지법에 의한 인터넷언론사・정당・후보자 또는 예비후보자가 당해 인터넷 사이트의 게시판・대화방 등에 선거에 관한 의견게시를 하고자 하는 자의 성명 및 주민등록번호의 진위확인이 필요한 경우
2. 주민등록 전산조직에 의하여 주민등록증의 진위확인이 필요한 경우

정보가 그것을 수용, 처리, 사용할 수 있도록 허락받지 않은 자에게 유출되지 않고, 규약에 부합하지 않는 목적으로 쓰이지 않도록 보장하기 위해 국가는 적절한 조치를 취해야 한다[82]. 따라서 정부는 주민등록번호의 수집과 활용을 최대한 제한해야 함에도 불구하고 오히려 국가 전산망을 민간기관에게 개방하여 주민등록번호의 오남용을 방조하고, 인터넷에서 익명으로 표현할 수 있는 자유를 박탈하고 있는 것이다.

생체 DB 수집과 이용 계획

89. 2006. 7. 25. 국무회의에서는 '유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률 제정안'(이하 제정법률안)을 의결하였다. 이 법률안은 유전자감식정보관리 시스템을 도입하기 위해서 △개인식별에 관한 유전자 정보 감식 △방화·살인 등 11개 유형의 특정범죄에 한해 수형인이나 피의자로부터 유전자감식 시료 채취 △교정시설 장의 수형인 유전자감식정보 시료 채취 등의 내용을 포함하고 있다. 법무부는 법률 제정의 필요성으로 '강력사건을 사전에 예방하거나 조기 검거할 수 있는 효과'를 들고 있으나, 유전자정보의 수집이 지니는 범죄예방의 효과는 증명된바 없으며, 개인정보 중에서도 가장 민감한 생체정보에 대한 수집・이용의 확산 가능성과 그에 따른 인권침해가 심각하게 우려되므로 정부의 입법 추진은 철회되어야 한다.

전자주민카드 계획

90. 행정자치부는 이른바 '정보화 시대에 적합한 주민등록증 발전모델'을 발표하고, 2006. 2. 제2차 공청회를 개최한 바 있다. 정부 발표의 주요 내용은 현재의 주민등록증을 IC칩을 장착한 스마트카드로 전환하겠다는 내용으로, 이는 약 10년전 국민들의 반대로 좌절되었던 전자주민카드 계획을 다시 추진한다는 것이다. 전자주민카드는 단순한 신분확인을 떠나 건강보험증, 교통카드, 금융카드와 연계하는 계획을 갖고 있으며 심지어 온라인에서 사용될 인증서까지 담을 계획이라고 한다. 전자주민카드를 이용하면 할수록 그 안에 내장된 주민등록번호, 주소 등의 개인정보가 다른 곳의 컴퓨터에 입력되어 더 많은 개인정보 DB(Data Base)가 생겨날 것이다. 주민등록번호를 필요 이상으로 이용했기 때문에 발생한 다양한 사회문제가 발생하고 있음에도 주민등록번호를 IC칩에 담아두어 사용하면 안전할 것이라는 것은 잘못된 믿음이다. 주민번호의 과다한 이용과 수집이라는 근본적인 문제를 해결하지 않은 채 새로운 제도를 시행하는 것은 엄청난 사회적 비용을 자초하는 것이다. 또한 관련 개인정보 기록과 연계된 다른 정보의 기록들이 하나의 카드로 통합되는 것은 국가가 국민의 사생활을 감시할 수 있는 효과적인 구조적 기반을 조성하는 것으로 개인의 자기정보통제권을 심각하게 침해하는 것이다.

군인 전자카드 계획

82) HRC General Comment No. 16 (1988) para.10.

91. 국방부는 군인 신분증 겸용 현금카드인 '나라사랑카드'를 도입하고 있다. 한국은 징병제이기 때문에 대부분의 성인 남자가 약 2년의 군복무를 하며 제대 이후에도 약 7년간 예비군 신분을 유지한다. 따라서 전체 발급량은 몇 해 만에 수백만장에 이를 것이며, 대규모로 발급되면 분실과 도용 위험 등의 부작용이 우려되는 것은 물론이고, 대비책을 세우는 비용도 막대할 것이다. 이 사업은 민간 사업자인 군인공제회가 대행할 계획으로 알려져 있다. 현역 군인과 예비군들의 병역 관련 정보가 공제회의 시스템에 모이게 되며 이렇게 모아진 정보는 금융 서비스를 위하여 특정 은행에 제공된다. 완벽한 보안시스템이 존재할 수 없는 현재의 기술수준에서 군사정보는 물론이고 개인정보의 노출 위험까지 안고 있으며, 프라이버시권과 자기정보통제권을 침해하는 이 사업은 중단되어야 한다.

법률의 근거없는 CCTV(Closed Circuit Television) 확산

92. 2003년 시민단체인 "함께하는시민행동"이 조사한 결과에 의하면 7대 도시 경찰청이 운영하는 감시카메라는 총 1178대인 것으로 조사되었다. 그중, 교통흐름조사용 CCTV가 466대, 교통법규위반 단속용 무인카메라가 712대였다. 또한 3개 구청(종로, 관악, 강남)이 운영하는 감시카메라는 총 107대인 것으로 조사되었다. 그중, 교통법규위반 단속용 무인카메라가 67대, 쓰레기 무단 투기 단속용 CCTV가 35대, 방범용 CCTV는 강남구청의 5대였다. 전체 설치비용만도 약 550억으로 추산되었다. 현재는 더욱 확산되고 있는 추세이다.

93. 2004. 5. 국가인권위원회는 CCTV의 설치가 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 초상권을 제한하는 것이므로 이에 대한 법적 근거를 마련하여 그 운영절차와 방법, 요건 등을 법률로 정할 필요가 있다고 국회의장 및 행정자치부 장관에게 권고한 바 있다. 공공기관에서 불가피하게 CCTV를 설치해야 한다면 프라이버시권을 보호하기 위하여 법적 근거를 마련해야 함에도 관련 법률의 근거가 없이 설치・운영되고 있다. CCTV 설치 근거를 규정하는 법은 감시카메라 설치에 대한 기준 ▲ 설치시 사전·사후 고지 의무 및 동의절차의 규정 ▲ 녹화·보존된 내용의 정확성 확보 위한 방안 마련 ▲ 명확한 설치 목적 제시와 그에 부합하는 시스템 운영 ▲ 자료의 제3자 제공에 대한 엄격한 제한 ▲ 감시카메라의 설치·운영에 관한 책임 소재 명확화 ▲ 감시 받는 이들이 운영실태를 역감시할 수 있는 제도 도입 등이 포함되어야 한다.

통신의 자유

통신비밀보호법상 통신보호의 문제점

94. 통신비밀보호법 제9조의 2 제4항은 통신제한조치의 집행에 관한 통지에 대하여 "국가안전보장・공공의 안녕질서"와 같은 포괄적이고 광범위한 통지유예 사유가 규정되어 있으며, 동조 제5항은 이러한 사유의 존부 판단을 법관이 아닌 관할 지방검찰청검사장이 하도록 규

정하고 있어 집행에 관한 통지 규정의 입법취지 자체를 왜곡하고 있다.

95. 또한 법무부는 2005. 8. 25. 통신비밀보호법 시행령을 개정하여 제21조의 4(전기통신사업자의 협조의무)를 신설하였다. 이 규정에 의하면 '전기통신사업자는 통신제한조치 및 통신사실확인자료 제공요청에 필요한 설비, 기술, 기능 등을 제공'해야 하며, 통신사실확인자료를 12개월 동안 (다만, 시내전화 및 인터넷 로그기록 자료는 6개월) 보관하도록 하고 있다. 통신사실확인자료는 누가 통신을 했는지, 언제 몇 번이나 했는지, 어디서 통신을 했는지에 관한 개인정보로 통신 내용만큼이나 보호받아야 할 통신비밀의 대상이다. 2005. 5. 통신비밀보호법의 개정 취지는 이러한 통신사실확인자료의 열람이나 제공요청을 감청이나 비밀녹음에 준하여 영장주의를 적용하는 것이다. 따라서 동법의 해석과 이를 시행하기 위한 시행령의 개정에 있어서도 그 취지가 충분히 반영되어야 한다. 그러나 개정 시행령 제21조의 4는 수사 편의를 목적으로 국민을 잠재적 범죄자로 취급하고, 국민들의 일상적인 의사소통을 감시하겠다는 의도를 드러내고 있다. 특별한 보안책도 없이 모든 국민의 통신 내용, 통신 일시와 장소, 통신의 상대방 등에 관한 정보를 12 개월 이상 보관하도록 의무화한 것은 결국 수사기관이나 전기통신사업자 또는 그 피용인 등에 의한 통신사실확인자료의 남용이나 누설 위험성을 한층 높여 놓은 것이어서 모법의 개정취지에도 어긋난다.
또한 법원이 수사기관이 청구한 감청영장을 2005년 6월까지 단 한 차례도 기각하지 않고 전부 발부했다는 사실은 인권이사회가 개별 사안에 있어서 감청 허가 여부를 구체적으로 판단하는 법원의 기능을 강조한 것과는 명백히 배치된다.[83]

전기통신사업법에 의한 통신의 자유 규제

96. 시민단체가 제기한 전기통신사업법 제53조 헌법소원에 대하여 헌법재판소는 전기통신사업법제53조등위헌확인판결을 통하여 '불온통신의 단속'을 규정한 제53조의 제1항과 이에 근거해서 '정보통신윤리위원회'의 설치를 규정한 제2항은 '명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반'된 다고 판결한 바 있다[84] .

97. 정부는 헌법재판소에 의하여 위헌결정된 제53조 제1항의 '불온통신' 등의 규정을 '불법통신'등으로 개정(2002. 12. 26.)하여 존속하고 있으며, '정보통신윤리위원회'는 정보통신부장관이 위촉하는 위원으로 구성되고, 재정의 전부를 정보통신부에 의존하는 실질적인 정보통신부 산하기관이라 할 수 있다. 정보통신윤리위원회는 자의적으로 정한 외설, 폭력 단어 등 718개의 단어로 구성된 「정보통신윤리위원회 권고 성인인증 키워드」를 인터넷에서 검색되지 않도록 민간기업들에 공문을 발송하는 등의 방식으로 정보・통신의 자유를 자의적인 윤리의 이름으로 침해하고 있다.

---

83) HRC General Comment No. 16 (1988) para.10.

84) 헌법재판소 2002.06.27. 선고 99헌마480.

양심에 따른 병역거부

98. 유엔 인권위원회는 1989년 결의[85]에서 세계인권선언 제3조, 제18조 및 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 (이하 '자유권규약') 제18조에 기초하여 양심적 병역거부권 자체를 인정하고 양심적 병역거부권의 문제를 유엔헌장상의 국가의 의무와 연결시킨 것을 비롯하여 1998년 제77호 결의[86]에서는 징병제를 채택하고 있는 국가에 대하여 양심적 병역거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무제도를 도입하고 양심적 병역거부자를 구금하거나 반복적으로 처벌받지 않도록 하여야 하며, 양심적 병역거부자를 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별하여서는 안 된다는 등의 결의[87]를 하였다. 나아가 유엔 인권위원회는 2000년, 2002년, 2004년 계속해서 종전 결의내용을 확인하면서 양심적 병역거부권의 구체적 내용에 관한 1998년 제77호 결의에 비추어 각국이 시행하고 있는 관련 법률과 관행을 재검토할 것을 촉구하면서 이에 대한 정보를 정부, 국가인권위원회, NGO 등으로부터 구한 후 종합적인 보고서를 유엔 인권고등판무관실에 제출하도록 하는 결의를 채택하였다.

99. 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)도 1993년 채택한 일반의견(General Comment)에서 양심적 병역거부권을 사상과 양심 및 종교의 자유를 규정한 자유권규약 제18조에서 도출하고 있으며 양심적 병역거부자가 병역을 거부한다는 이유로 차별되어서는 안된다고 공표하였다[88].

100. 앞에서 본 바와 같이 양심적 병역거부권은 자유권규약에 의한 권리인데 한국정부는 자유권규약에 가입하였을 뿐만 아니라 양심적 병역거부권을 인정한 유엔 인권위원회의 2000년, 2002년, 2004년 결의의 찬성국이므로 위와 같은 유엔 인권위원회의 관련 결의 내용에 일치하도록 한국의 법률과 관행에 관한 조치를 취할 의무가 있다. 그러나, 한국에서 그 동안 양심적 병역거부자는 예외 없이 무거운 형벌로 처벌을 받아 왔

---

85) E/CN.4/1989/59, Preamble. para.1.

86) E/CN.4/1998/77.

87) 그 결의의 주요 내용은 아래와 같다.
(a) 양심적 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부권이 있다(Id. at Preamble).
(b) 양심적 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가는 양심적 거부자의 신념에 차별을 하지 않고 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기관을 마련하여야 한다(Id. at para. 1).
(c) 징병제를 채택하고 있는 국가에 대하여, 양심적 병역거부자를 위하여 양심적 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되, 그 대체복무는 공익적이고 형벌적 성격이 아닌 비전투적 또는 민간적 (civilian) 성격이어야 한다(Id. at para. 4).
(d) 국가는 양심적 거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 받지 않도록 하여야 한다(Id. at para. 5).
(e) 국가는 양심적 병역거부자를 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안 된다 (Id. at para. 6).

88) Human Rights Committee General Comment 22(1998) Para. 11.

고 수감생활을 마친 후 적절한 직업을 갖는 것이 거의 불가능할 정도로 중대한 차별을 받아온 사실은 한국정부가 국제인권규약 상의 책임과 의무를 다하지 못했으며, 유엔 인권위원회의 결의사항을 충실히 이행하지 아니하였음을 보여준다.

101. 한국 정부는 양심적 병역거부자가 병역의무의 방안으로 선택할 수 있는 대체복무제를 마련하고 형사처벌 등의 유형으로 차별 받지 않도록 하는 제도를 마련하는 등 한국에서 양심적 병역거부를 국민이 누릴 수 있는 기본적 인권의 하나로 인정받도록 하는 조치를 취하여야 한다.

102. 한국정부는 양심적 병역거부권의 인정을 거부하고 있는 이유로서 정부보고서에서 남북 분단의 상황에서 북한의 핵무기개발을 포함한 무력 공산화의 위험이 있고 특히 낮은 출산율 등으로 병역자원이 감소하는 상황에서 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제도를 인정하는 경우 국방력의 급격한 약화 내지 국가안보의 위기를 가져올 수 있으므로 대체복무제도를 인정할 수 없다고 하였고 양심적 병역거부자에 대한 인정기준인 종교 및 개인적 신념이 추상적이고 자의적이어서 이를 악용하는 경우 병역거부자를 양산할 우려가 있어 결국 국가 안전 보장을 위한 현행 징병제도를 유지하기가 곤란하게 되는 점이 있으며 양심적 병역거부자들은 국민 개병제하에서 기초군사훈련, 예비군훈련, 전시동원 등이 면제되므로 일반 국민의 병역의무내용에 비하여 형평성을 상실하게 된다고 하였다.

103. 그러나 양심적 병역거부자는 거의 대부분 소수 종교교단 소속인 여호와의 증인 신도들로서 매년 약 600명 내지 약 700명임의 소수임에 반하여 현역병 대상인원은 매년 약 30만 내지 35만 명이고, 매년 공익근무요원은 약 3만 명, 산업기능요원은 5만 5천 명, 전문연구요원은 1만 5천 명, 공중보건의는 4천 명, 상근예비역은 3만 6천 명, 전, 의경은 5만 명 등 모두 20만 명이 매년 대체복무를 통하여 병역의 의무를 대신하여 온 점[89] 등을 감안하면 양심적 병역거부자들에 대하여 대체복무제를 인정한다고 하여 결코 국방력의 약화가 초래된다고 보기 어렵다.

104. 나아가 대체복무제를 운영하고 있는 많은 다른 나라들의 경험[90]에서 보듯이 양심적 병역거부자로 인정될 수 있는 기준을 명확히 마련하고 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 고의적인 병역기피자를 충분히 가려낼 수 있을 뿐만 아니라 대체복무제를 도입하여 병역의무를 이행하는 것과 동일하거나 그보다 좀 더 중한 내용의 복무를 하도록 한다면 공적 부담이나 병무행정에 있어서의 평등의 원칙을 훼손하지 않

89) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 병역법 위반 판결에서 인정된 사실이다.

90) 한국처럼 동독과 분단상황에 있었던 서독도 1961년 대체복무제도를 도입하였고 중국과 사이에 긴장관계에 있는 타이완도 2000년부터 대체복무제도를 도입하여 현재까지 이를 실시해 오는 동안 국방력 약화가 되지 않았고 고의적인 병역기피자를 충분히 가려낼 수 있었던 점을 보더라도 한국 내에서 대체복무제 도입에는 문제가 없다.

을 수 있으며, 아울러 양심적 병역거부에 관한 권리를 인정하는 것이 특정 종교상의 교리를 이유로 한 사람뿐만 아니라, 종교상의 교리가 아닌 일반적인 양심에 따른 신념에 터 잡아 병역을 거부하는 사람에게도 확대할 필요성이 있는 점에 비추어 볼 때 대체복무제는 반드시 도입되어야 할 것이다.

105. 한국은 헌법과 병역법에 근거[91]하여 국민개병제에 입각한 남자들에 대한 징병제를 실시하고 있는데, 병역은 현역, 보충역, 예비역 등으로 구분된다[92]. 병역의 면제는 병역법이 정하는 신체결함, 학력 미달이나 가사 사정에 국한되며 양심에 따른 병역거부자에 대한 면제 조항은 없다[93]. 대체역의 성격을 지닌 보충역을 이행하는 경우에도 병역법 55조에 따라 예외 없이 4주간의 기본군사훈련을 받아야 하므로 양심적 병역거부자들은 보충역 판정을 받았거나 보충역을 신청할 수 있는 자격을 갖추고 있다 하더라도 이를 받아들이지 않고 처벌[94]을 감수하고 있다. 또한 예비역의 경우에도 양심상의 이유로 예비군 소집에 불응한 경우, 예비군 소집에 불응할 때마다 반복 처벌되는 등 가혹한 처벌[95]을 감수하고 있다. 따라서 양심적 병역거부자는 사실상 예외 없이 처벌되고 있는 상황이다.

106. 한국의 병역거부자는 일제 식민지 시절이던 1939년 최초의 처벌 기록이 보고된 이래 지금까지 66년 간 매년 투옥자가 늘어나고 있으며 2000년부터 2006년 6월 30일까지 병역거부를 이유로 형사처벌 받은 사람은 모두 3,654명[96]이어서 매년 500명이 넘는 사람들이 형사처벌을 받고 있고 1939년부터 지금까지 처벌된 숫자가 1만 여명으로 현재까지 전 세계에서 양심적 병역거부로 가장 많은 수를 처벌하였고 지금도 처벌하고 있는 중이다.

107. 2001년 중반 이전에 양심적 병역거부자로서 처벌받았던 사람들은 군사재판을 통

---

91) 근거조항은 헌법 39조 1항의 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다"는 조항과 병역법 3조 1항의 "대한민국 국민인 모든 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다"는 규정이다.

92) 현역은 6주의 기본군사훈련을 포함하여 24-30개월을 복무하며, 보충역은 병역법이 정하는 신체 결함자 또는 학력 미달자로 분류되며 편성되거나, 특수한 기능이나 자격을 가진 자들이 보충역을 지원할 수 있다. 보충역의 복무 기간은 4주의 기본 군사훈련을 포함하여 32개월-36개월이다. 현역 복무를 마친 사람들이 의무적으로 복무하는 예비역은 사병의 경우 제대 후 8년간이다.

93) 한국 정부에서 발간한 2000년 국방백서에 의하면 한국의 전체 인구 4,800만 중 현역 복무자는 69만 명이고, 현역에 부적합한 신체 조건이나 특수한 기능 등으로 보충역에 배치되는 사람들은 대략 14만 명이다. 병무청의 통계에 따르면 2001년 상반기 징병 검사자 중 2.6%인 4,916명이 신체 결함, 학력 미달 등으로 징집이 면제되었다.

94) 병역법 제88조는 현역입영을 거부할 경우 3년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정하고 있고 군형법 제44조는 집총거부자의 경우 항명죄로서 3년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정하고 있다.

95) 예비군 소집에 불응할 경우 병역법 제90조에 의해 6개월 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금형에 처해지며 동원훈련에 불응하는 경우 향토예비군설치법 제15조 제4항에 의해 3년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금형에 처해 진다.

96) 국방부의 임종인의원에게 제출한 보고자료..

하여 군형법 44조에 근거한 항명죄로 법정 최고형인 3년형을 기계적으로 선고받았다. 2001년 중반 이후로는 대부분이 군 입대 자체를 거부하여 군형법 대신 병역법이 적용되었으며, 이에 따라 민간법정을 통해 재판을 받아 18-26개월을 선고받고 복역 중이다. 현재 병역법상으로는 1년 6개월 이상의 실형을 선고받아야 병역이 면제되기 때문에, 민간 법원에서는 대체로 1년 6개월의 실형에 가까운 판결을 선고하고 있다. 한국의 헌법은 유죄의 확정판결을 받기 전까지는 무죄로 추정된다고 규정하고 있고, 도주나 증거인멸의 우려가 있지 아니한 피의자는 구속되지 않은 상태에서 재판을 받는 것이 형사소송법의 일반 원칙인데, 양심적 병역거부자들은 대개 수사 개시 때부터 구속되어 왔다. 아버지나 형이 같은 이유로 투옥되거나 형제가 동시에 투옥된 경우에도 양형에 있어 거의 참작이 되지 않았다.

108. 양심적 병역거부자들은 경축일을 비롯하여 통상 정기적으로 이루어져 왔던 가석방의 혜택에서 배제되어 왔으며[97], 매년 몇 차례씩 취해졌던 사면, 복권 대상에도 포함되지 않았다. 따라서 양심적 병역거부자들은 지금도 전과의 멍에를 안고 사회적 불이익을 감수하며 살아가고 있다. 이들은 출소 후 전과로 인해 공무원 임용 자격이 없으며, 병역법 제76조에 따라 관청허가업종 등에 종사하는 데 있어서도 제한을 받고 있을 뿐만 아니라 민간기업에 취업하고자 하는 경우에도 형사처벌을 받은 전과가 있어 신원 조회에서 탈락하는 등의 사회적 차별을 경험한다.

109. 한국에서 양심적 병역거부자는 대부분 여호와증인 신도들이며 제칠일안식일예수재림교 신도 등도 소수 존재한다. 여호와증인 신도가 아닌 사람(오태양)이 2001년 말 병역거부를 한 이래로 현재까지 10여명이 반전평화의 신념 등의 이유에서 병역을 거부하여 처벌받거나 재판 중에 있다. 2003. 11.에는 현역군인(강철민)이 최초로 이라크 파병 결정에 반대하여 병역거부를 선언하였다.

110. 대법원은 2004년 7월 15일 13명의 대법관 중 12명이 “양심의 자유가 국방의 의무보다 우월적 가치라고 할 수 없다”라는 취지의 다수의견[98]을 밝히고 양심적 병역거부자에게 유죄를 선고하였으며 1인의 대법관만이 “피고인과 같은 경우에는 국가의 형벌권이 한 발 양보함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 더 존중되고 보장되도록 하는 것이 상당하다"는 취지로 양심적 병역거부자에게 무죄를 선고하여야 한다는 반대의견을 표명하였다. 유죄를 선고한 13명의 대법관 중 4인은 유죄의 의견을 표명하면서도 반대의견과 같이 대체복무제도의 도입을 촉구하는 의견을 제시하였다. 헌법재판소도

97) 일반 재소자들과 달리 ‘여호와의 증인’인 병역거부자는 가석방 심사기준에서 특별한 유형으로 분류되어 심사되고 있으며, 교도소 내에서 대표적인 1급 모범수로 평가되고 있음에도, 통상의 경우 50% 이상 형기를 복역하면 가석방의 혜택이 주어지는데 반하여, 반드시 27개월(3년형의 75%) 이상 복역해야 가석방을 신청할 수 있도록 하고 있다. 이는 얼마 전까지 현역복무자의 복무기간이 26개월인 점을 감안하여 양심적 병역거부자들이 현역복무자의 복무기간보다 길게 복역하도록 의도적으로 가석방 신청기간을 장기화한 것으로, 형평에 어긋난 것이다.

98) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 병역법 위반 판결.

양심적 병역거부자들을 처벌하는 병역법 조항의 위헌여부에 관하여 2004. 8. 26. 9인의 재판관 중 합헌 7명, 위헌 2명의 의견으로 합헌결정[99]을 내리면서도 7명의 합헌의견을 낸 재판관 중 5인의 재판관은 양심적 병역거부자를 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단하면서 입법자에게 대체복무제 마련 등 대안 마련에 숙고해야 한다는 취지의 보충의견을 표명하였다.

111. 국회의원 2명도 2004년 정기국회에 대체복무제 도입을 위한 2건의 의원발의가 이루어졌으나 현재까지도 국방위원회에서 이를 법률로 제정하기 위한 본회의로 상정시키는 결의가 이뤄지지 않음으로써 입법이 이루어지지 않고 있다.
특히 한국의 국가인권위원회는 2005. 12. 26. 국회의장과 국방부 장관에게 양심적 병역거부권과 병역의무가 조화롭게 공존할 수 있는 대체복무제도를 도입하도록 권고하였으나 국방부 장관은 정부, 관련 NGO 등과 대체복무제에 관한 정책 검토 후에 입장을 밝히겠다는 미온적 태도로 일관하고 있다.

112. 따라서 한국정부는 양심적 병역거부권을 인정하고 다양한 형태의 대체적 복무 제도의 도입을 통해 양심에 따른 병역거부자들에 대한 형사처벌을 즉각 중지하여야 한다. 또한 양심적 병역거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 받지 않도록 하여야 하며 가석방 심사신청 기준에서 차별하지 않는 등 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안 된다.

표현의 자유

국가보안법

113. 정부는 제3차 보고서에서 국가보안법이 남용될 소지를 최소화하기 위하여 최선의 노력을 기울이고 있으며, 특히 표현의 자유를 심각하게 침해할 수 있는 국가보안법 제7조를 적용함에 있어서는 구성요건으로 규정되어 있는 '찬양, 고무, 선전, 동조, 선동' 등의 개념이 확대해석되는 것을 엄격하게 금지하고 있다고 주장한다[100]. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 여전히 국가보안법은 남용되고 있으며, 한국사회의 성숙과 발전을 가로막고 있다.

다시 불붙은 국가보안법 폐지 논란

99) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1 병역법 제1항 제1호 위헌제청.

100) CCPR/C/KOR/2005/3 para. 294-297.

114. 2004년 4월 17대 국회에서 개혁을 표방한 여당이 과반석을 넘겨 당선되고 진보정당인 민주노동당이 10석을 차지하게 됨으로서 시민사회는 17대 국회의 첫 정기국회에서 국가보안법을 폐지할 수 있다고 희망을 갖게 되었다. 동년 6월에는 유엔인권이사회에서 모내기를 그렸다는 이유로 신학철 화백을 국가보안법 위반으로 처벌한 것에 대해 국제조약 제19조 표현의 자유를 침해했다는 결정과 함께 한국 정부에 신화백을 위한 구제초지를 권고하였다[101]. 그리고 동년 8월 305개의 시민사회단체들이 국가보안법 폐지국민연대를 재발족하였고, 정기국회 기간에는 국가보안법 폐지 여론이 50%이상(한겨레신문)을 넘기도 하였다.

115. 그러나 동년 8월 26일 헌법재판소는 국가보안법 제7조 1항과 5항이 표현의 자유를 침해한다는 헌법소원에 대한 결정에서 1991년 개정된 현행 국가보안법 조항1)이 "법의 목적을 일탈하는 확대해석의 위험이 제거되었기 때문에 죄형법정주의에 어긋난다고 볼 수 없다"는 이유를 들어 재판관 전원 일치 합헌 결정[102]을 하였고, 대법원 역시 국가보안법 7조 판결을 통해 가보안법 폐지에 반대하는 입장을 보였다.
또한 동년 9월 1일 정기국회가 열려 국회 법사위에 국가보안법 폐지안, 개정안 등의 상정을 놓고 전국이 촉각을 세우고 있는 와중에도 수사기관은 국가보안법 위반으로 수배중인 한총련 학생들을 연행해 구속 기소했다. 국가보안법 폐지를 반대하는 보수야당 의원들은 적극적이고 물리적인 저지행동으로 여당의 국가보안법 개정안의 국회 상정을 막았다. 결국 국가보안법은 개정은커녕 국회 논의 시도조차 이루지 못하고 오늘에 이르고 있다.

찬양고무(제7조)

116. 국가보안법 제7조는 '범죄'의 구성요건이 대단히 포괄적, 추상적이어서 법 적용자의 관점에 따라 자의적으로 적용할 가능성이 높고 얼마든지 확대해석 할 수 있어 오남용의 지적을 받아온 조항이다. 국가보안법 구속자의 대다수를 이러한 찬양고무 조항(제7조) 위반자가 차지하고 있다. 국정감사 자료에 따르면 2003년 국가보안법 구속자 78명 가운데 제7조 위반 구속자는 단4명을 제외한 74명으로 전체 구속자의 94.9%에 달하며 2004년 역시 국가보안법 구속자 38명중 1명을 제외한 37명(97.4%)이 7조 위반 구속자이다. 제7조는 표현의 자유를 침해하는 대표적인 조항으로 이미 인권이사회에서는 박태훈[103](1998년 10월 20일), 김근태[104](1998년 11월 3일)의 7조사건 유죄선고는 국제인권규약 제19조 위반이라는 결정을 내린바 있다. 국가보안법 구속자의 대다수가 제7조 위반이 적용되었다는 것은 그만큼 국가보안법에 의한 표현의 자유 위협이 높다는

101) CCPR/C/80/D/926/2000.

102) 헌법재판소 2004.8.26. 2003헌바85・102

103) CCPR/C/64/D/628/1995

104) CCPR/C/64/D/574/1994

의미이다.

	2001년	2002년	2003년	2004년8월
국가보안법 구속자	126명	131명	84명	30명
7조 적용구속자	113명(89.7%)	126명(96.1%)	74명(88.0%)	28명(93.3%)

*2004년 법무부 국정감사 제출자료

117. 2006년 5월 26일 강정구 교수는 '한국전쟁이 남북간 통일전쟁이고 미군의 개입으로 인해 많은 희생자가 생겼고 남북 분단이 장기화 되었다'는 주장을 하였다는 이유로 국가보안법 제7조 위반으로 1심에서 유죄 선고를 받았다. 강정구교수에 대한 조사가 시작되자 학계는 한국전쟁의 개념을 둘러싼 논의들은 이미 학계에서는 광범위하게 논의되고 있는 것일 뿐 아니라 '실제 발생했던 사실이 발생하지 않았다면 무엇이 달라졌겠는가'하는 물음과 답을 찾는 '역사추상형 방법론'은 사회과학에서는 유용하게 쓰이는 연구방법이라는 주장하였다. 그러나 법원은 미제국주의에 대해 비난하거나 연방제통일을 지지하는 강정구 교수의 주장이 북한의 주장과 유사한 점을 들어 "북한의 대남적화혁명론에 동조하는 적극적이고 공격적인 주장"이자 "친북적인 주장"이라고 판단하였다. 국가보안법 제7조는 현재도 여전히 북한의 주장과 일치하는 주장을 하거나 그에 우호적인 생각을 하는 사람의 경우에는 어떤 형식으로든 처벌하고 있다는 것을 볼 수 있는 사례라고 생각된다.

이적단체 구성 및 가입(7조 3항)

118. 2005년 8월 12일 인권이사회는 이정은의 국가보안법 제7조 위반 사건의 통보 견해를 통해 한총련 대의원이라는 사실만으로 제7조 3항 이적단체 가입 위반 유죄를 선고하는 것이 조약 제22조 1항 결사의 자유를 침해하는 것이라고 밝혔다[105]. 또한 국가보안법 7조의 개정과 유사한 침해가 일어나지 않도록 조치 할 것을 권고했다. 그러나 동년 12월 말 경 13기 한총련 핵심간부인 4명(송효원 한총련의장, 김노진 서총련의장, 김병설 강총련의장, 유병문 한총련대변인)에 대해 제7조3항(이적단체 구성 및 가입)위반 혐의로 출석요구서를 발부하였고 4명의 학생은 결국 수배되었다. 이들을 포함하여 현재 약 20여명의 한총련 수배자가 존재한다.

이적표현물(7조 5항)

119. 최근 이적표현물 소지로 처벌을 받은 이병영씨의 경우 연행당시 2006년 5월 <12기한총련대의원대회 자료집>을 소지했다는 이유로 국가보안법상 이적표현물 위반으로 구속 기소되어 1심에서 유죄판결을 받았다[106].

105) CCPR/C/84/D/1119/2002.

국가기밀(제4조)2)

120. 제4조에서 표현된 '군사상 기밀 또는 국가기밀'은 매우 막연하고 불확정한 용어를 사용함으로써 법적용 기관의 자의를 허용할 위험성이 높고, 국가기밀의 개념을 무한정으로 확대하고 해석할 여지가 있다. "가목"에서 한정하고 있는 '국가안전에 중대한 불이익', '한정된 사람'이라는 표현은 몹시 모호하며, 구체적인 행위를 고지하는 기능을 하지 못한다. 더구나 나목에 정의된 "가목 외의 국가기밀"은 가목에서 그나마 한정적으로 정하고 있는 기밀을 제외한 그 나머지 모든 국가기밀을 의미하는 것으로 되어 있다. 실제로 한국 법원은 "군사상 기밀 또는 국가기밀"의 범위를 매우 광범위하게 해석하고 있어 이 조항이 규약 제19조가 정한 표현의 자유와 알권리를 침해하도록 운용하고 있다. 대법원은 1990년 국가보안법 사건 판결[107]에서 국가기밀에 대하여 '정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 기밀사항이 모두 포함되며, 나아가 그 내용사실이 대한민국에서는 자명하고도 당연하며 상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에는 유리한 자료가 되고 우리에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다'고 판결하였다. 이와 관련된 사례는 아래와 같다.

> 사례1) 2004년 11월 중국을 여행중이던 전욱용씨는 호기심에 중국을 통해 북한으로 들어가 보위부 조사를 받던중 군복무(1991.1-1992.7 충북 예천 제16전투비행단 방위병) 당시 알게된 부대내 내부시설(관제탑, 격납고 위치) 등을 진술했다는 이유로 국가보안법 제4조 위반으로 기소되어 3년6월의 실형을 받고 현재 광주교도소에 복역중이다. 10년이 훨씬 지난 사실들, 게다가 부대원과 지역주민도 알 수 있는 부대시설들에 대해 말한 것이 '국가기밀' 누설로 인정되어 유죄가 선고된 것이다[108].

> 사례2) 강태운(민주노동당 전 고문)씨는 97년경, 일본에 거주하는 조카사위 박춘근(2003년 사망)씨와 안부를 한국사회에 대한 서로의 관심사를 나누기 시작했다. 오랫동안 외국생활을 하고 있는 조카사위에게 한국의 발전상을 자랑스러워하며 진보정당 창당흐름, 통일 사회운동 흐름 등을 알 수 있도록 신문 등의 자료를 보내거나 일본, 중국 등지에서 서로 만나 얘기를 나누었다. 검찰은 박춘근씨가 북한공작원이며 그의 지령으로 국가기밀들을 탐지, 수집, 전달해 왔다고 주장했다. 그러나 박춘근씨가 북한공작원이라는 구체적인 증거는 입증하지 못했다. 법원은 강태운씨가 박춘근씨에게 보낸 편지 2통은 국가기밀로 보기 어렵다고 무죄를 선고했지만 홈페이지에 공

106) 서울중앙지법 2006.5.24. 선고 2004가합103233.

107) 대법원 1990.06.08. 선고 90도646.

108) 대법원 2005.9.9 선고 2005도3853.

개되있거나 토론회에 참석해 받은 자료집 등 민주노동당 관련 자료들을 국가기밀로 판결하여 징역 6년을 선고했다[109].

사례3) 독일 국적의 송두율 교수는 2004년 7월 21일 37년만에 고국을 방문하였으나 공항에 내리자 마자 국정원으로 연행되어 강도 높은 조사를 받기 시작했다. 국정원 조사 과정에는 여러 문제점들이 들어났다. 피의자심문조사과정에서 변호인의 참여가 불허되었고 조사내용과 관련자료를 조사중간에 정형근의원에게 전달하여 국정원의 자료가 사실인양 언론에 공개되도록 하였다. 따라서 송두율 교수는 재판도 받기 전에 언론에 의해 국민들에게 거물간첩으로 알려지기도 하였다. 2004년 3월 30일 1심 재판에서 송교수에 대한 대부분의 공소사실(북한 조선노동당 정치국 후보위원, 후보위원 활동으로 저술활동과 학술대회를 개최, 특수 탈출·연락 등)이 유죄로 인정되어 7년 형이 선고 되었다. 7월 21일 고등법원은 일부탈출(국가보안법 제6조) 등만을 인정하여 징역3년 집행유예5년을 선고하여 송교수를 석방하였다[110].

송교수는 조사과정중 조선노동당 가입 사실을 밝혔는데 이를 뒤늦게 밝힌 것을 두고 지식인들 사이에서 조차 부도덕한 행위로 비난하기도 하였다. 이는 국가보안법이 조성한 레드콤플렉스가 우리 사회 내면에 강하게 내재하고 있다는 것을 확인하는 것이었다. 북한을 드나들며 북한사회를 북한 내부의 시선으로 바라보려고 했던 학자의 학문활동을 국가보안법으로 재단했던 송두율 교수 사건은 한국의 형사 절차가 공안문제에 관해서는 여전히 학문과 사상의 자유로부터 자유롭지 못하다는 것을 적나라히 보여주는 것이었고 한국의 정서가 국가보안법이 장기간 조성해놓은 억압으로부터 자유롭지 못하다는 것을 여실히 드러내는 것이었다.

구속자 숫자 줄었지만 여전히 위력적

121. 지난 몇 년에 걸쳐 국가보안법 위반 구속자는 현저히 줄고 있다. 그러나 2004년 재독학자 송두율 교수사건, 2005년 강정구 교수 사건등이 국가보안법 위반으로 기소되어 유죄를 선고 받았고 아직 소송이 진행되고 있다. 두 사건은 모두 기소되기 전부터 언론을 통해 떠들썩하게 보안법 위반이 기정사실인양 보도되어 국민들에게 강한 인상을 남겼다. 남북을 아우르는 학문 활동에 대하여 국가보안법 위반으로 기소를 하고, 재판결과가 나오기도 전에 중대한 간첩사건이나 찬양고무인 듯이 언론을 통해 보도되어 법원보다 여론재판을 먼저 받는 양상이 되었던 것이다. 이러한 현상은 국가보안법

109) 대법원 2004.8.20 선고 2004도2788.

110) 대법원 2004도4899

이 현재도 국민들에게 스스로 자기검열을 하도록 위협적인 기제로 작동하고 있음을 보여준다. 국가보안법 구속자 숫자는 점차 줄어들고 있지만 송두율, 강정구 교수 등 저명인사에 대한 국가보안법 위반 기소와 유죄 판결은 국가보안법이 여전히 위력을 가지고 작용하고 있음을 보여주는 상징이라고 할 것이다.

영화등급분류제도

122. 정부는 제3차 보고서에서 표현의 자유과 관련하여 문제가 되어 왔던 공연물에 대한 사전심의제도가 1999. 2. 공연법의 개정으로 폐지되었고, 2002. 1. 영화진흥법의 개정으로 그 동안 위헌논란이 있어 왔던 등급보류제도가 폐지되고 등급 외의 성인을 위한 제한상영가등급이 신설됨으로써 영화 등과 관련된 표현의 자유가 크게 신장되었다고 주장하고 있다.

123. 그러나 신설된 제한상영가등급의 분류기준에 대하여 영화진흥법 제21조 제3항 제5호는 "제한상영가" 에 대하여 '상영 및 광고•선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화'라고만 규정하고 있으며, 동조 제7항은 "제3항의 규정에 의한 상영등급분류의 구체적 기준 등에 관하여 필요한 사항은 영상물등급위원회의 규정으로 정한다."고 규정하고 있으며, 영화수입추천및영화•비디오물등급분류기준 제3조 제5항은 "제한상영가" 에 대하여 '상영 및 광고•선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화로서 등급분류기준 제3조 제4항 각호의 내용 및 표현기법이 18세 관람가 기준을 벗어나 과도하게 일반국민의 정서에 악영향을 미치거나 반사회적인 내용인 경우'라고만 규정하고 있다.

124. 이는 예전의 공연윤리심의규정상의 영화심의 기준에서 제시하고 있는 선정성, 타락 • 포악 • 비정적 요소, 포악 • 잔인, 유괴 • 혹사 • 학대 등의 규정보다 훨씬 퇴화한 백지규정이라고 볼 수 있을 것이어서 결국 판정자가 개인적으로 가지고 있는 가치관에만 의존하여 판단하게 될 것이며, 현재 실제로 그렇게 이루어지고 있다. 이에 따라 많은 영화제작자 및 영화수입자는 자신들이 제작하거나 수입하는 영화가 과연 제한상영가등급판정을 받을 것인지 도저히 예측할 수 없는 상황이다.

125. 또한 제한상영가등급분류결정이 이루어지면 영화진흥법 제21조에 의하여 ① 제한상영관에서만 상영할 수 있으며, ② 영화에 대한 선전 등 모든 홍보가 금지되게 됩니다. 게다가 우리나라에는 현재 제한상영관이 단 1곳(120석 규모)만 있으며, 이 곳 역시 홍보금지규정 등에 의하여 상당한 영업난으로 인하여 곧 문을 닫을 상황이다. 결국 '제한상영가' 등급판정을 받게 될 영화는 제작이나 수입의 대상에서 제외될 가능성이 커질 것이고, 등급분류기준에 대한 어떤 명확한 기준이 제시되지 않고 있는 상황이기 때문에 결국 제작자나 수입업자는 경제적인 피해를 보지 않기 위해서라도 광범위한 자기검열을 할 수 밖에 없게 되었다.

126. 이러한 것들은 모두 명백한 표현의 자유에 대한 침해라고 할 것이다. 국가는 이 부분에 대해서 보다 명확하고 분명한 기준을 만들어 표현의 자유를 신장시키는 작업을 진행하여 함에도 불구하고 이 부분에 대한 노력은 수년째 방기되어 오고 있다.

집회의 자유

집회및시위에관한법률

127. 정부는 제3차 보고서에서 '주요 도로에서의 집회를 금지하는 등 집회의 자유를 지나치게 제한하는 것이 아니냐'[111]는 인권이사회의 우려에 대하여 '집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 금지할 수 없다. 다만 당해 도로와 주변도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통불편을 줄 우려가 있는 경우에만 금지할 수 있다'라는 개정 집회및시위에관한법률의 규정과 통계수치를 들어 주요 도로에서의 집회를 무조건 금지하고 있는 것은 아니라고 주장한다[112].

128. 그러나 개정전 집회및시위에관한법률에서는 도로에서의 행진에 대해서는 질서 유지인을 두면 금지통고를 할 수 없도록 하였던 것을 개정법은 주요도로 행진도 "당해 도로와 주변 도로의 교통소통에 장애를 발생시켜 심각한 교통 불편을 줄 우려가 있는 경우"에는 금지통고 가능하게 된 것이다. 이는 인권이사회의 우려에도 불구하고 보다 집회의 자유를 제한한 것이라고 보아야 할 것이다.

집회및시위에관한법률의 문제점

129. 또한 ①타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소로서 집회 또는 시위로 인하여 재산 또는 시설에 심각한 피해가 발생하거나 사생활의 평온에 현저한 해를 입힐 우려가 있는 경우 ②신고장소가 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 주변지역으로서 집회 또는 시위로 인하여 학습권을 현저히 침해할 우려가 있는 경우 ③신고장소가 군사시설보호법 제2조제1호의 규정에 의한 군사시설의 주변지역으로서 집회 또는 시위로 인하여 시설이나 군작전의 수행에 심각한 피해가 발생할 우려가 있는 경우에는 집회 및 시위를 금지할 수 있도록 개정되었다.[113]

130. 위 조항에서 "이와 유사한 장소"라 함은 주택 또는 사실상 주거의 용도로 사용되

111) CCPR/C/79/Add. 114 para. 18.

112) CCPR/C/KOR/2005/3 paras. 306-314.

113) 집회및시위에관한법률 제6조제3항

고 있는 건축물이 있는 지역 및 이와 인접한 공터·도로 등을 포함한 장소[114]를 말하고, 서울시 교육청에 따르면 서울에만 초중등교육법 제2조의 학교시설은 무려 2229개가 도심 곳곳에 산재해 있고 유치원도 여기의 학교시설에 포함되어 있으며, 군사시설보호법 제2조 제1호에서 "기타 군사목적에 직접 공용되는 시설"이라 함은 군의 주요지휘시설 및 통신시설, 대공방호시설, 전쟁장비 및 물자의 연구생산 또는 저장시설, 군용비행장 및 비상활주로, 군항 및 군용부두, 군용사격장 및 훈련장을 말한다[115]고 되어 있어 매우 포괄적이다. 그 범위가 넓어진 만큼 주거지역과 그 유사한 장소, 학교시설, 군사시설 주변이라는 이유로 도시의 이런 장소들에서 경찰의 자의적 금지통고 가능성이 넓어졌다고 볼 수 있다.
결국 집회및시위에관한법률은 인권이사회의 우려에도 불구하고 보다 국민의 집회의 자유를 제한하는 방향으로 개정되었으며, 그 결과 국민들의 집회의 자유는 크게 제약받고 있다고 할 것이다.

집회 참여자에 대한 과도한 죄책

131. 형법 제30조는 2인이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 범죄의 정범으로 처벌한다고 규정하고 있다.
형법 자체가 명시적으로 밝히지는 아니하나, 공동정범의 성립을 위하여 주관적 요건으로 공동가공의 의사와 객관적 요건으로 공동가공의 사실을 요구하는 것은 자명하다 할 것이다. 따라서 주관적으로 공동의 의사가 있는 경우에도 공동가공의 사실, 즉 실행행위의 분담이 없으면 공동정범이 될 수 없는 것이 원칙이다. 즉, 실행행위의 분담이 없다면 형법 제30조에 의하여 정범으로 처벌할 수 없는 것이고 다만 개별범죄의 예비나 음모로만 처벌할 수 있다는 것이다.

132. 그럼에도 불구하고 일부의 범죄들의 경우 그 특성상 구체적 행위 가담자가 아님에도 불구하고 처벌할 필요성이 있어서 법원은 공모공동정범이라는 이론으로 행위자가 아님에도 불구하고 죄책을 물어 왔다. 즉 집단에 의하여 조직적으로 이루어진 범죄에 있어서 2인 이상의 공모자가 공동으로 모의하여 그 공모자 중 일부만이 공모한 바에 의하여 범죄를 실행한 경우에 실행행위를 하지 아니한 나머지 공모자도 공동정범으로서의 죄책을 진다는 것이다.

133. 우리나라의 법원은 위와 같은 공모공동정범이론을 집회나 시위에 참가한 사람들에게 적용하고 있다. 집회나 시위현장에서 벌어진 폭력적인 행위에 대하여 그러한 행위를 행하였건, 아니건, 또는 그것을 준비했건 아니건, 심지어 그러한 사정을 몰랐건 알았건간에 집회나 시위현장에서 체포된 모든 사람들에게 해당 집회나 시위에서 벌어

114) 집회및시위에관한법률 시행령 제3조의 2.

115) 군사시설보호법 시행령 제2조.

진 모든 폭력적 행위의 책임을 지게 하고 있다. 일례로 2006 초에 있었던 농민들의 집회에 참여하였다가 체포된 몇몇 사람들에게 그들이 전혀 관여하지 않은 경찰들에 대한 폭행과 경찰차의 방화에 대한 책임을 모두 인정하기도 하였다.

134. 그러나 집회 및 시위현장에서의 폭력사태는 대개가 집단범죄가 아니라 집합범죄 또는 우발적인 범죄이다. 사전에 폭력행위 등이 계획되었다 하여도 이는 전체 시위군중이 공모하였다기보다는 시위군중 중 일부의 계획과 공모로 이루어지는 것으로서, 대다수 또는 일부의 참가자들은 그러한 폭력행위가 사전에 준비되었는 지를 모르고 참여하는 것이 통상적이다.

135. 다양한 사람들이 다양한 목적으로 참가한 집회나 시위에서 전혀 예상치 못하게 발생한 모든 폭력 사태에 대하여 그 형사적 책임을 지운다면 이는 헌법 제12조 제1항 등이 규정하고 있는 죄형법정주의에 위배되는 것으로 밖에 보여질 수 없으며, 특히 '누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신이 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건 등이 명확하게 규정되어 있어야 한다.' 는 명확성의 원칙에 위배되는 것이기 때문이다.

136. 단순한 시위참가자에게 단지 현장에 있었다는 이유로 그가 어떠한 범죄행위에 공모하였다든지 하는 구체적인 증거가 하나도 제출된 바 없음에도 불구하고 기계적으로 모든 발생한 형사책임을 지라고 하게 된다면, 이는 헌법상 기본권인 집회 및 시위에 참여할 수 있는 권리의 위축을 가져오게 된다. 또한 사회의 질서와 안전을 보장하려는 목적의 정당성에도 불구하고 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이다.

137. 혹여 공모공동정범이론을 포기하면 집회나 시위가 과격한 폭력사태로 번질 경우 어떻게 그 책임을 묻고 어떻게 이를 예방할 것인지에 대한 우려가 있다는 항변이 있을 수 있다. 그러나 이미 선진경찰들은 집회나 시위에서 과격한 행동을 하는 사람을 경찰들이 에워싼 후 그 현장에서 다른 시위자들과 분리하여 체포하는 방식으로 대응하고 있으며, 증거능력에 있어서도 대법원은 이미 집회나 시위현장에서 경찰이 본인의 동의 없이 촬영한 사진 등의 증거능력을 인정하고 있기 대문에 집회 및 시위현장에서의 우발적 또는 계획적 폭력행위등에 대한 처벌이 불가능한 것도 아니다.
따라서 개념과 범위가 모호한 공모공동정범이론을 도입하여 단순한 집회 참가자가 자신의 행위 이상의 책임을 지게 되는 불합리로 인하여, 헌법상 기본권인 집회 및 시위에 참여할 권리가 지나치게 제한되는 문제는 없어져야 할 것이다.

가정의 보호, 혼인, 이혼

요보호가정을 위한 복지정책

138. 정부보고서가 들고 있는 요보호 가정에 대한 복지정책들은 간접적 • 일시적 정책에 편중되어 있다. 즉, ① 복지자금 융자의 경우 결국 경제적으로 취약한 모자가정이 그 융자금 상환의무를 부담하여야 하는 점, ② 영구임대주택 우선 입주권의 수혜 대상자가 극히 제한적이어서 모자가정 일반에 대한 주거권 보호대책으로는 미흡한 점, ③ 모자일시보호시설, 미혼모시설의 경우, 정부 운영의 시설이 극히 부족할 뿐만 아니라, 종교기관 등이 운영하는 사설단체에 대한 지원도 충분히 이루어지지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 현재 요보호가정에 대한 복지정책은 매우 불충분하거나 불안정한 상태에 있는 것으로 보인다.

139. 따라서 정부는 ① 요보호가정을 위한 복지기금을 별도로 책정 • 운영함으로써, 재정적 안정성을 확보할 필요가 있고, ② 요보호가정의 생활에 실질적 • 직접적 도움을 줄 수 있는 가족수당 제도의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있으며, ③ 아울러 저소득 모자가정의 자주적 • 장기적인 생활안정을 위하여 정부 차원의 취업지원 제도 시스템을 정비할 필요가 있다.

외국인 배우자에 대한 체류자격 변경지침

140. 정부는 국민과 결혼한 외국인 배우자에 대한 체류자격 변경지침을 개정(1999. 10. 1.)하여 한국인 여성과 결혼한 외국인 남성의 경우도 한국인 남성과 결혼한 외국인 여성의 경우와 같이 국민 또는 외국인 배우자가 '생계유지능력을 갖추면' 허가가 가능하도록 국민과 결혼한 외국인 배우자에 대한 체류자격 변경(방문동거자격) 허가기준을 통일하였다(제333항). 그러나, 외국인 배우자의 생계유지능력을 체류자격의 조건으로 설정하는 것은 법적 근거가 모호하고, 합리적인 사유로 판단되지 않을 뿐만 아니라, 과연 어떤 기준으로 생계유지능력을 판단할 것인지에 관한 구체적 기준을 설정하는 것도 어렵다고 할 것이므로, 위 체류자격 지침에 대하여 근본적으로 검토할 필요가 있다.

141. 한편 현행 국적법은 지역주의가 아닌 혈연주의에 기초한 결과로 부모가 모두 외국인 근로자인 경우에는 자녀가 한국에서 출생하여도 국적을 취득할 수 없고, 따라서 그 자녀의 신분이 불안정함은 물론, 충분한 교육기회[116]가 제공되지 않고 있는 실정이다. 따라서, 위와 같은 외국인 근로자의 자녀들에

116) 초등중교육법 시행령 제19조는 외국인이 보호하는 자녀 또는 아동이 국내 초등학교에 입학하거나 최초로 전입학하는 경우에는 출입국관리소장이 발행하는 출입국에 관한 사실증명서 또는 외국인등록사실증명서를 거주지를 관할하는 해당 학교의 장에게 제출함으로써 입학 또는 전학절차를 밟을 수 있다고 규정하고 있으나, 현실적으로는 불법 취업자로 단속을 당하고 있는 외국인 근로자들이 정상적으로 위와 같은 사실증명서 발급절차를 밟을 수 있다고 기대하기는 어려운 실정이다.

대한 국적 • 교육 기회에 대하여 좀 더 근원적인 보호방안 마련이 절실히 요구되고 있는 상황이다.

국제결혼을 통한 이주여성의 보호

142. 지난 몇 년 간 결혼 중개업자와 특정 종교단체가 개입하면서 국제결혼이 급증하였다. 특히 고용허가제 실시 후 합법적인 입국경로가 제한되면서, 장기적으로 안정적인 체류가 보장되는 국제결혼은 더욱 증가하는 추세이다. 통계청 자료에 따르면 2004년 국제결혼 건수는 3만 5,447건으로 1991년 5,012건에 비해서는 7배 이상, 2003년의 2만 5,658건에 비해서는 72.8% 증가하였는데, 이는 우리나라 총 혼인건수의 11. 4%에 달하는 수치이다. 이 중 한국 남성과 외국인 여성의 결혼은 2만 5,594건으로 외국인 남성과 한국 여성의 결혼인 9,853건에 비해 3배나 많았다. 한국남성과 외국인 여성의 결혼의 경우 배우자의 국적은 중국이 70.4%,, 베트남 9.6%, 일본 4.8%, 필리핀 3.8%으로 중국 여성과의 결혼이 압도적으로 많고, 베트남 여성과의 결혼이 눈에 띄게 증가했다는 특징을 갖는다.
한국 사회에서 국제결혼이 증가되는 이유에 대하여는 ① 왜곡된 성 비례로 인해 결혼하지 못하는 남성 수요 급증, ② 결혼하지 않고 혼자 사는 여성의 증가, ③ 결혼을 빙자한 외국인과의 인신매매성 위장결혼을 용인하는 사회적 분위기, ④ 저임금 외국인 노동자의 유입정책으로 인해 아시아에서 한국으로의 이주가 관심의 대상이 된 점 등으로 설명되고 있다.

143. 이러한 국제결혼은 외형상 결혼의 형식을 취하지만, 실질적으로는 글로벌 결혼시장에서 여성의 몸이 교환 가능한 '상품'으로 거래되는 '매매혼'의 양상을 띄고 있다.
이에 따라 점차 증가하고 있는 결혼중개업체에 의한 국제결혼 과정에 있어서는 ① 미인 대회식 신부 선발 과정, ② 배우자에 대한 허위 정보 제공, ③ 과다한 결혼 중개 수수료 등의 문제가 제기되고 있으며, 대부분 한국인 남성이 배우자가 될 사람이나 그의 가족에게 평균 1,000만원 안팎의 경제적 자원을 지불하게 하는 시스템은 이후 한국 남성과 그 가족들에게 여성 결혼 이민자를 '돈 주고 사온 신부' 취급하는 빌미를 제공하기도 한다.

144. 현재 한국에서 결혼중개업은 세무서 신고만으로 영업이 가능한 '자유업'이며 2005년 4월 기준으로 국제결혼 중개업체를 포함해 결혼상담소는 1,000여개 이상으로 추정하고 있으나 정확한 업체수를 파악하는 것은 불가능한 상황이다. 이에 대하여 국제결혼에 대한 현실적인 수요가 있는 만큼 국제결혼을 막을 수는 없다면, 국제결혼 중개업이 보다 인간적인 얼굴을 띨 수 있도록 국제결혼 중개 영업 행태에 대한 규제가 필요하다는 목소리가 높아지고 있다.

145. 한편 결혼 이민 과정에서의 문제와 함께, 결혼으로 이주한 여성들에 대한 폭력도 심각한 문제로 제기되고 있다.
2002년 광주여성개발원에서 광주, 전남지역의 국제 결혼한 여성 100명을 대상으로 조사한

결과에 의하면 이들 중 30%가 남편의 폭력에 시달리고 있으며 학대의 종류로는 57%가 물리적 폭력, 18%가 언어적 폭력, 12%가 경제적 학대로 나타났으며, 이들 중 64%의 여성 결혼이민자가 '그냥 참는다.'고 조사에 응했다. 2005년 보건복지부의 실태조사에 의하면 조사에 응한 여성 결혼이민자 중 지난 1년 동안 언어폭력을 경험했다는 사람이 31%, 신체적 폭력을 경험했다는 사람이 13~14%, 남편으로부터 성행위를 강요받거나 변태적인 성행위를 강요받았다는 비율이 각각 14%, 9.5%로 나타났다. 적어도 여성 결혼이민자 10명 중 한명은 남편으로부터 구타당하거나 성행위를 강요받은 경험이 있는 것으로 볼 수 있는 것이다. 물리적인 것뿐 아니라 생활비나 용돈을 주지 않거나, 의처증 증세를 보이는 남편이 8.2%, 본국에 송금을 못하게 하거나 신분증을 빼앗는 등 남편의 지나친 통제의 문제도 제기되고 있다.

146. 이러한 문제들을 가장 중요한 원인 중의 하나는 여성 결혼이민자의 합법적인 국내체류 여부가 한국인 배우자에게 달려있다는 데에 있다.
2004년 이전의 국적법에 의하면 대한민국 국민과 혼인한 외국인이 한국 국적을 취득하기 위해서는 기본적으로 법률상 혼인 후 국내에 2년 이상 거주하거나 일정요건을 갖추고 법무부장관의 귀화허가를 받아야만 우리 국적을 취득할 수 있게 되어 있었던 것을, 2004년 인도주의적 요청에 따라 국적법 제6조 제2항에서 제3호와 제4호를 신설하여 한국인 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 주소를 두고 있던 중 그 배우자의 사망이나 실종 그 밖에 자신의 귀책사유 없이 정상적인 혼인생활을 할 수 없었거나, 그 배우자와의 혼인에 의하여 출생한 미성년의 자를 양육하고 있거나 양육하여야 할 자인 경우에도 국적 취득의 기회를 부여하였다. 그러나 한국의 언어와 제도에 미숙하고, 인적 • 물적 기반이 취약한 여성 결혼이민자가 스스로 한국인 배우자의 귀책사유를 입증한 후 국적신청을 한다는 것은 가능성이 매우 희박한 일일 것이므로, 그 실효성을 위한 제도적 보완이 필요하다.

147. 또한 배우자 비자(F-2비자) 소지자가 취업활동을 하기 위해서는 '체류자격외활동허가'를 받도록 했던 것에서 전면적으로 자유로운 취업활동이 가능하도록 허용한 2005년의 출입국관리법 개정, 그리고 영주비자 취득 소요기간을 5년에서 2년으로 줄인 것은 환영할 만한 조치이며, 이외에도 최근 정부는 ① 귀화 신청 시 경제적 능력 입증 요건으로서 '본인 또는 배우자의 재직 증명서'도 가능하도록 추가한 점, ② 이혼 소송 진행시에도 여성 결혼이민자가 취업활동이 가능하도록 F-2 체류자격을 부여하도록 한 점, ③ 이혼하면서 한국인 배우자의 귀책사유를 입증하지도 못하고 자녀에 대한 양육권을 취득하지 못하더라도 여성 결혼이민자의 자녀에 대한 면접권 보장을 위해 F-2 체류 자격을 부여하겠다는 조치 등 전향적인 조치들을 내놓고 있다. 그러나 영주 비자 소지자에 대한 시민권적 권리 보장이 함께 이루어지지 않는 한 여성 결혼이민자에게 본 국적을 포기하고 한국 국적을 취득하는 방법을 선호하는 현 상황이 크게 바뀌지 않을 것이며, 여성 결혼이민자가 가정폭력 등의 문제에 처했을 때 상담소나 쉼터의 전문적인 조력을 받을 수 있도록 현재 가정폭력 관련된 지원 시스템을 여성 결혼이민자가 접근 가능하도록 정비하여야 할 것이다.

아동의 보호

학교에서의 체벌 문제

148. 현행 초 • 중등교육법 제31조 제7항은 체벌을 원칙적으로 금지하고, 교육상 불가피한 경우에 한하여 예외적으로 허용하는 것으로 하여 체벌의 근거를 마련하였다. 교육부는 교육상 불가피하게 체벌을 해야 할 경우, 체벌의 종류와 절차, 방법, 장소, 도구, 체벌 후의 지도, 학부모의 의견, 체벌불응시의 조치 등을 명문화하여 시행하도록 하는 지침을 제정하였다.

149. 위와 같은 초 • 중등교육법 규정은 과거 체벌에 관한 명문 규정이 없었던 때에 비하여 진일보한 성격을 갖추었다고도 할 수 있으나, '교육상 불가피한 경우'에 관하여 해석상 논란의 여지를 남겨둔 채 오히려 체벌을 교육상 필요한 것으로 제도화 • 법제화함으로써 종래 체벌의 허용 여부에 관한 논쟁을 체벌의 적법절차(체벌의 종류와 기준)를 모색하는 문제로 축약시켰다는 비판을 면할 길이 없다.

150. 정부보고서는 우리나라의 문화적, 역사적 배경과 현 체벌에 대한 사회의 인식변화추이를 들어 체벌의 금지에 대하여 반대하는 입장을 피력하고 있으나, 이는 시대착오적인 발상으로 체벌은 문화적, 역사적 배경하에 승인되어 온 것이 아니라 학생들의 인권 존중의식이 싹트지 않은 과거의 잘못된 교육관행에서 파생된 문제에 불과하고, 국민 일반이 현재와 같은 교육현장에서의 체벌에 대하여 동의하였다는 어떠한 근거도 없다.

151 따라서 정부는 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법 정신 및 교육목적의 취지에 부합하여 초 • 중등교육법시행령 제31조 제7항을 학교 현장에서의 체벌이 일체 허용되지 않는다고 개정함으로써, 교육 목적이라는 미명 아래 학생의 인권을 침해하고, 폭력의 행사를 정당화하는 뿌리깊은 악습을 제거할 필요가 있다.

이주노동자

외국인 일반

152. 출입국관리법 제17조 제2항은 "대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니된다."고 규정하고 이를

이길 경우에는 강제퇴거시킬 수 있도록 하고 있다[117]. 대한민국정부는 여기서 더 나아가 2004년 4월 불법체류자 반한활동 종합대책을 마련하고 반한활동 불법체류자에 "국가정책에 반대하는 집회, 시위 적극 참가자", "정치적 주장을 하면서 정부시책을 비판하며 이를 주동하는 자" 등을 포함시켰다[118]. 심지어는 2004년 10월 방글라데시의 한 종교단체가 자신들이 지지하는 자국 내의 정당에 송금하였다는 이유로 "국내 반한 이슬람 단체 첫 적발"되어 강제출국 당하였다는 기사가 거의 모든 방송과 신문에 보도되기도 하였다[119]. 외국인의 정치활동의 자유를 부정하는 출입국관리법령과 한국정부의 태도는 규약 제9조 표현의 자유, 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등 등과 양립할 수 없으며, 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 규정한 대한민국 헌법 제21조와 평등권의 규정한 제11조에도 위배된다고 보아야 한다.[120]

153. 국가배상법은 제7조에서 "이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용한다."고 규정하고 범죄피해자구조법은 제10조에서 "이 법은 외국인이 피해자이거나 유족인 경우에는 상호의 보증이 있는 경우에 한하여 적용한다."고 규정하여 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 손해배상과 타인의 범죄로 인한 생명, 신체피해자에 대한 국가의 구조에 있어서 상호주의를 취하고 있다. 이사회는 외국 이주노동자들에게도 인권을 보장하는 조건의 하나로서 상호주의를 요구하는 것은 규약위반이라는 입장을 표명하였다.[121] 그러나 상호주의를 전혀 언급하고 있지 않은 헌법상의 관련조항인 제29조와 제30조와 비교하여 보아도 불합리할 뿐만 아니라 규약 제16조 제1항과 제2항의 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등 등을 침해하는 것이고 규약 제2조 제3항의 국가의 구제조치 보장의무를 위반하는 것이다.

산업연수생

154. 대한민국정부는 산업연수생제도에 기초한 외국인고용이 송출비리, 인권침해 등 여러 문제를 일으켰기 때문에 2003년 고용허가제를 도입하였다고 주장하면서, "개발도상국과의 산업기술협력 차원"에서 산업연수생제도를 유지하겠다는 모순된 입장을 밝히고 있다[122]. 또한 산업연수생제도의 유지의 조건으로 "연수기준의 강화"와 "지속적인 근로감독"을 언급하고는 있으나 10여년 동안 산업연수나 근로감독이 왜 제대로 이루어지지 못하였는지, 앞으로 어떻게 이를 시정할 수 있는지에 대한 어떠한 평가나 대

117) 출입국관리법시행령 제22조.

118) "방글라데시 이슬람 반한 단체 적발", 연합뉴스 2004. 10. 13.자.

119) "반한 이슬람 단체는 없었다", 한겨레21 2004. 10. 21.자.

120) 스위스에 대한 최종견해(2002), CCPR/CO/73/CH, para. 76(4)

121) 아제르바이잔에 대한 최종견해(2002), A/57/40 Vol. I 47. 77(20).

122) CCPR/C/KOR/2005/3 paras 33-35.

안도 제시하고 있지 못하다. 한편 법무부는 "산업연수제의 역기능 해소를 위해 도입된 고용허가제가 산연수제와의 병행실시로 사용자의 선호도가 저조"하고 "현행 외국인력 제도를 외국인근로자의 권익보호와 수요자인 사용자의 요구에 부합토록 개선할 필요"가 있어 2007년 1월 1일 산업연수생제도를 폐지하겠다고 한 바 있으나[123] 뚜렷한 준비나 계획을 내오고 있지 못하다[124].

155. 국가인권위원회는 이미 두 차례의 결정을 통하여 산업연수제의 폐지를 권고한 바 있다[125]. 즉, "당초 제3세계와의 기술협력을 명목으로 도입된 산업연수제는 실제로는 저임금의 외국인 노동력 확보를 위한 표리부동한 편법정책"이며 "연수생은 사실상 근로에 종사함에도 불구하고 근로자 지위를 갖지 못한다는 이유로 노동3권 등 기본권이 실질적으로 보장되지 못하여 심각한 인권침해"가 이루어지고 있으며 따라서 "외국인 노동자의 인권보호증진을 위하여 현행 산업연수제를 폐지"하여야 한다는 것이다. 실제로 노동부는 "산업연수생은 근로기준법 및 노동조합법상의 근로자로 볼 수 없다."는 입장은 분명히 한 바 있다[126]. 비록 대법원이 "산업연수생도 근로기준법 제14조소정의 근로자에 해당한다."고 판시하였고[127] 노동부의 예규가 근로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 및 의료보험법의 일부 적용을 명시하고 있지만[128], 동 예규가 근로기준법상 근로시간, 각종수당, 해고제한, 퇴직금 등의 규정의 적용을 배제하고 있고, 산업연수생의 근로3권이 부정되고 있는 실정이다. 따라서 산업연수생제도는 규약 제2조 평등권, 제22조 결사의 자유, 제26조 법 앞의 평등 등에 위배됨이 분명하다고 하겠다.

미등록이주노동자

156. 단속 대상의 외국인에게 외국인등록증 등을 제시할 것을 요구하여 불법체류여부를 확인하기도 이전에 외국인들을 무차별적으로 출입국관리기관의 차량에 태워 신체의 자유를 제한한 후 불법체류여부를 확인하는 방식의 단속은 위법한 공권력 행사에 해당함에도 불구하고 이러한 형태의 단속이 절차 내에서 반성 없이 지속적으로 이루어지고 있다. 엄격한 실체적, 절차적 요건 충족을 전제로 한 긴급보호서 혹은 보호명령서에 의한 보호처분은 그 요건을 준수하지 않는 경우 위헌, 위법하게 되고, 요건이 충족된 적법한 보호의 경우를 제외하고 현행법상 외국인 등의 보호 또는 강제퇴거여

123) 법무부, 「외국인력제도 통합방안과 외국인불법체류 및 인권보호 대책」(2005년 5월 19일), pp. 1, 5.

124) 법무부, 「출입국관리행정 변화전략계획」(2005년 2월), pp. 19, 20 참조,http://www.moj.go.kr/.

125) 국가인권위원회, 정부의 "외국인력제도 개선방안"에 대한 의견, 2002. 8. 12.; 국가인권위원회, 국내거주 외국인노동자 인권향상을 위한 정책권고.

126) 근기 68207-1974, 1994. 12. 13. 시행.

127) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050.

128) 외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침(제정 1995. 2. 14. 예규 제258호, 개정 1998. 2. 23. 예규 제369호).

부 조사를 목적으로 하는 단속 및 연행의 법률적 근거는 없다. 또한 외국인보호제도의 개념, 취지 및 관련 법령의 규정에 비추어 외국인의 보호는 엄격한 요건 하에서 강제퇴거 심사와 집행이라는 목적을 위하여 기본권이 최대한 보장되는 방향으로 해석되어야 하므로, 보호의 개념에 강제단속이나 연행이 포함된다고 할 수 없다.

157. 국가인권위원회도 이에 대하여 다음과 같은 결정은 한 바 있다. "보호명령서 발부에 의한 보호 또는 긴급보호명령서 발부에 의한 긴급보호가 단속 및 연행의 권한까지 포함하는 것이라고 해석하는 것은 국가와 그 집행공무원에게 지나치게 포괄적이고 일방적인 재량권 행사를 가능하게 함으로써 국내 체류 중인 외국인에 대한 인권 침해 가능성을 매우 높이고, 나아가 외국인에 대한 차별적 법 적용을 조장할 가능성이 크다. 따라서 출입국법령 등을 개정해 불법체류외국인 등에 대한 강제 단속 및 연행의 권한, 요건, 절차를 명확하고 엄격하게 규정하고, 특히, 단속, 연행, 보호, 긴급보호 등 신체의 자유를 심각하게 제약하는 조치에 대하여는 형사사법절차에 준하는 수준의 실질적 감독체계를 마련할 것을 권고한다." 현재 법적 근거 없이 이루어지고 있는 출입국공무원들의 강제단속과 연행은 규약 제2조 평등권, 제9조 신체의 자유와 안전, 제26조 법 앞의 평등과 양립할 수 없다.

158. 출입국관리법 제63조 제1항은 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 "송환할 수 없는 경우"(이에 대한 어떠한 보충해석 규정도 없음)에는 "송환이 가능할 때까지" 보호할 수 있도록 규정하여 사실상 무기한의 보호가 가능하도록 하고 있다. 2005년 국가인권위원회의 의뢰에 의하여 대학연구소, 변호사단체, 국제기구, 인권단체가 공동으로 대한민국 내의 대부분 외국인보호시설의 피보호외국인에 대한 조사연구[129]에 의하면 80% 이상이 보호 시에 변호사나 자국의 영사의 도움의 받을 권리, 구금에 대한 이의신청권, 인권침해에 대한 진정권에 대하여 고지받지 못하였고, 50%정도가 보호에 대한 이의신청제도에 대하여 부지하였다. 또한 50% 이상이 면회시간을 10분 이내로 제한받았고, 10% 정도가 서신검열을 경험하였다. 보호시설 내에서 운동시간이 허용되지 않은 경우가 50%가 넘었고, 5% 정도가 독거실에 격리 수용된 경험이 있었다. 공무원에 의한 욕설이나 모욕적인 말을 경험한 피보호외국인이 20%, 구타나 폭행은 당한 경우도 5%에 이르렀다.

159. 피보호외국인에 대한 이러한 규정과 처우는 규약상 많은 문제점을 제기한다. 형사상 수용자를 대상으로 한 행형법 규정상의 처우만도 못한 부분이 있는 이러한 처우는 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등 위반의 문제를 제기하고, 제7조 고문 및 비인도적 처우금지, 제9조 신체의 자유와 안전, 제10조 인신구속자에 대한 인도적 처우, 제13조 외국인의 강제퇴거, 제16조 인간의 존엄과 가치, 제17조 주거, 사생활, 통신의 자유

129) 설동훈, 황필규, 고현웅, 양혜우, "미등록 외국인 단속 및 외국인 보호시설 실태조사", 국가인권위원회, 2005. 11. 18.

등 인격과 신체와 관련된 거의 모든 규약상의 조항들의 위반문제가 제기될 수 있다.

160. 출입국관리공무원이 이주노동자들이 근무하는 사업장에 신분을 밝히지 않고 무단으로 진입하거나 관리자의 의사에 반하여 주택에 들어가 불법체류자를 단속하는 사례가 자주 지적되고 있다. 그리고 이 과정에서 많은 이주노동자들이 단속을 피하려다가 다치고 있고 심지어는 사망하는 경우도 종종 일어나고 있다.[130] 그러나 출입국관리법은 제81조에서 출입국관리공무원이 외국인동향조사를 위해 "방문"하여 "질문" 및 "자료의 제출을 요구"할 수 있는 협조요구 권한을 규정하고 있을 뿐, 건조물(공장) 또는 주거(주택) 관리자의 명시적, 묵시적, 추정적 의사에 반하여 또는 관리자의 제지를 실적으로 제압하고 건조물(주거)에 "진입"하여 불법체류자를 "단속"할 수 있는 권한을 부여하고 있지는 않다.

161. 국가인권위원회도 "출입국관리공무원이 불법체류외국인의 단속을 위해 주거, 관리하는 건조물, 점유하는 방실에 관리자 또는 주거권자의 동의를 받지 않고 무단으로 진입할 수 있는 권한을 부여하는 근거규정은 출입국관리법상 존재하지 않는다."고 하면서 "헌법에서도 개인에 대한 인신의 자유 등에 대한 인권침해를 예방하기 위해 영장주의를 헌법상의 원칙으로 채택하고 있고, 형사절차에 있어서 압수, 수색은 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 영장에 의하도록 하고 있는데, 기본권 제한에 있어서 그 행위 모습이 크게 다를 바도 없는 출입국관리공무원의 행정작용에 합목적성이라는 이유로 출입국관리법을 확대해석하여 그 무단진입을 정당하게 만들 수는 없다."고 언급하고 있다. 법적 근거 없는 출입국관리공무원들의 무단 주거침입은 규약 제2조 평등권, 제9조 신체의 자유와 안전, 제17조 주거, 사생활, 통신의 자유, 제26조 법 앞의 평등 등의 권리를 침해한다고 보아야 한다.

162. 서울지방노동청은 2005년 5월 3일 서울경기인천이주노동자노동조합이 제출한 노동조합설립신고서에 대하여 같은 해 6월 3일 "동 단체는 주로 노조 가입 자격이 없는 불법 취업 외국인이 주체가 되어 조직된 단체로 봄이 타당하므로 노조법상 노동조합으로 볼 수 없음"을 이유로 반려처분을 하였다. 또한 이에 대한 취소소송에서 1심법원은 "이른바 불법체류 외국인은 출입국관리법상 취업이 엄격히 금지되어 있고, 때문에 이들은 장차 적법한 근로관계가 계속될 것임을 전제로 근로조건의 유지, 개선과 지위향상을 도모할 법률상 지위에 있는 것으로는 보이지 아니하므로 불법체류 근로자들이 노동조합가입이 허용되는 근로자에 해당한다고 보기 어렵다."는 이유로 기각결정을 하였다[131].

163. 외국인은 평화적 집회의 권리와 결사의 자유의 혜택을 누린다[132]. 인권이사회도

130) "정부의 무리한 단속에 불법체류 노동자 사망 속출", 노컷뉴스 2006. 4. 23.자.

131) 서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266 판결.

외국인근로자가 노동조합에 가입하여 활동하는 것을 사실상 제한하거나 노동조합의 간부가 될 수 없도록 한 국가들에 대하여 우려를 표명한 바 있다[133]. 또한 대한민국의 헌법과 법률이 미등록이주노동자의 노동3권을 부정하는 어떠한 명시적인 내용도 규정한 바 없다. 결국 규약 제2조 평등권, 제22조 결사의 자유, 제26조 법 앞의 평등은 외국인도 노동3권을 가짐을 명확히 하고 있다고 보아야 하며, 미등록이주노동자의 노동3권을 부정할 수 있을 만한 어떠한 근거나 해석도 제시하고 있지 않으므로 단지 체류자격이 없다는 이유만으로 노동3권을 부정하는 대한민국정부와 법원의 태도는 규약의 명문규정과 양립하기 어렵다고 판단된다.

132) General Comment No. 15(1986) para. 7.

133) 쿠웨이트에 대한 최종견해(2000)(UN Doc. CCPR/CO/69/KWT) paras. 40-41; 세네갈에 대한 최종견해(1998)(UN Doc. CCPR/C/79/Add.82) para. 16.