희망을 그리는 길, 변화와 인권의 가치를 지향하는 공감' 이 함께합니다!

공익변호사그룹 공감

제3회 공감 인권법 캠프

일시 : 2010년 2월 22일 ~ 24일

장소 : 서울 남산 유스호스텔

주최 | 아름다운재단 공익변호사그룹 공감

제3회 공감 인권법 캠프를 준비하며.....

아름다운재단 '공익변호사그룹 공감'이 어떻게 시작되었는지 아시나요? 공감의 시작은 어쩌면 그냥 지나칠 수도 있었던 짧은 만남, 작은 인연에서 비롯되었습니다. 바로 현재 희망제작소 상임이사로 있는 박원순 변호사님의 연수원 특강이 계기가 되었습니다. 당시 사법연수생이던 염형국 변호사가 사법연수원에서 박원순 변호사님의 특강을 듣고 무작정 박원순 변호사님을 찾아갔던 것이 공감의 시작이었습니다. 이를 계기로 아름다운재단 안에 공익변호사기금이 마련되었고, 공익활동을 전업으로 하는 공익변호사그룹 공감이 탄생하게 되었습니다.

공감은 이처럼 작은 인연들이 모여서 희망과 변화를 만들어 내기를 바라는 마음으로 올해에도 공익과 인권에 관심이 높은 예비 법률가들을 대상으로 제3회 공감 인권법 캠프를 준비하게 되었습니다.

공익과 인권에 대한 개별적인 관심에서 나아가, 법과 인권의 관계, 법을 도구로 한 인권의 확장과 변화의 가능성, 법률가의 공익적 사명 등에 대해서 함께 고민할 수 있는 장이 되었으면 합니다. 그리고 비싼 등록금이나 빡빡한 학사일정에도 불구하고 로스쿨이나 사법연수원 안에서, 또는 향후 법률가가 되었을 때 각자의 위치에서 인권감수성을 키우면서 공익활동을 실천할 수 있는 방안 등 실질적인 고민들에 대해서도 함께 공유하고 대안을 모색할 수 있는 장이 되었으면 합니다.

마지막으로 제3회 공감 인권법 캠프를 후원해 주신 법무법인 한결, 법무법인 지평지성, 법무법인 원에 감사드리며, 강의를 흔쾌히 수락해 주신 조효제 교수님, 양현아 교수님, 차병직 변호사님, 배복주 선생님, 이호택 선생님, 전은경 선생님, 오가람 선생님에게도 진심으로 감사드립니다.

2010. 2. 22.

공익변호사그룹 공감 드림

목 차

여는 글 3
캠프개요 7

강좌

인권의 대전환
우리시대 인권과 민주주의 / 조효제(성공회대 사회과학부/NGO대학원교수) 13

법과 젠더
젠더와 법 / 양현아(서울대 법과대학 교수) 19

인권과 법률가
변호사 공익활동의무의 근거와 범위 / 차병직(참여연대 정책자문위원장, 변호사) 37
인권의 기초 및 발전사 / 차병직 61

영화로 본 인권과 법 / 정정훈(공감 변호사) 83

주제마당

장애와 여성
장애여성의 섹슈얼리티와 성폭력피해여성의 수사 및 법적지원에서의 고민 / 배복주(장애여성공감 장애여성성폭력상담소) 101

이주와 난민
한국의 난민실태와 제도 / 이호택(사단법인 피난처 대표) 111
한국 이주민 법제의 시각과 관련쟁점 / 황필규 (공감 변호사) 129

빈곤과 복지
국민기초생활보장제도 10년의 그늘 /전은경(참여연대 사회복지위원회 팀장) 161
복지 향상을 위한 공익소송 /김영수(공감 변호사) 177

성소수자
성소수자와 법의 문제 / 오가람(한국게이인권운동단체 친구사이) 183

참여마당

공익인권법학회원들과의 대화 - 참고자료

디스오리엔테이션 핸드북: 당신 스스로의 진보적인 법률교육 만들기 235

공익변호사그룹 공감 소개 261

공감 인권법 캠프 개요

◆ **일시** : 2010. 2. 22 ~ 2. 24 (2박 3일)
◆ **장소** : 서울 중구 예장동 남산 서울 유스호스텔
◆ **참가대상** : 예비법조인 72명
◆ **강사진** : 공익변호사그룹 공감 변호사, 각 분야 인권활동가, 학계 전문가
◆ **주최** : 아름다운재단 공익변호사그룹 공감
◆ **후원** : 법무법인 원, 법무법인 지평지성, 법무법인 한결
◆ **프로그램**

	시간	순서		담당
첫째날 22(월)	10:30~11:00	오리엔테이션		황필규
	11:00~12:00	참여마당1 - 사람과 인권, 첫 만남		배경내,한낱(인권교육센터 '들' 활동가)
	12:00~13:00	점심식사		
	13:00~15:30	참여마당2 - 차별이야기		배경내,한낱(인권교육센터 '들' 활동가)
	16:00~18:00	주제마당1	장애와 여성	배복주
			이주와 난민	황필규, 이호택
	18:00~19:00	저녁식사		
	19:30~21:00	전체강좌1 - 인권의 대전환 _ 법과 인권		조효제
	21:00~	조모임		
둘째날 23(화)	8:00~9:00	아침식사		
	10:00~12:00	전체강좌2 - 법과 젠더		양현아
	12:00~13:00	점심식사		
	14:00~16:00	주제마당2	빈곤과 복지	김영수, 전은경
			성소수자	장서연, 오가람
	16:30~18:00	참여마당3 - 공익인권법학회원들과의 대화		
	18:00~19:00	저녁식사		

	20:00~22:00	참여마당4 - 인권의 재구성&시상식	
셋째날 24(수)	8:00~9:00	아침식사	
	10:00~12:00	전체강좌3 - 인권과 법률가	차병직
	12:00~13:00	점심식사	
	13:30~15:00	전체강좌4 - 영화로 본 인권과 법	정정훈
	15:30~16:30	참여마당5 - 내가 꿈꾸는 법조인 & 수료식	

◆ 참여마당 안내

(1) 참여마당 - 사람과 인권, 첫 만남

여기, 우리들이 모였습니다. 어떤 사람들이 이 공간을 함께 채우고 있을까요? 쑥스러운 얼굴로 주위 사람들을 기웃거리고 있는 그대! 함께 얼어붙은 마음의 빗장과 엉거주춤 경직된 몸을 함께 풀어봅시다. '몸 풀기 마음 열기' 놀이로 참여한 동료들에게 한 발 다가서 봅니다.

(2) 참여마당 - 차별이야기

"우리 모두는 인권에 대해 알고 있다. 필요한 것은 그것을 기억해내는 일일 뿐이다." 루마니아의 한 인권교육가가 던진 말입니다. 여러분은 어떤가요? 인권에 대해 잘 알고 있다고 생각하나요? 인권을 기억해내는 데 어려움이 없나요?
인권에 대해 아는 것과 몸으로 느끼는 것은 어떻게 다를까요? 차이를 인정하면 차별은 멈추게 되는 걸까요? 차별의 그물망은 어떻게 펼쳐져 인권을 옥죄고 있을까요? 우리들 사이에는 어떤 소수성이 자리하고 있을까요? 차별의 현실 속으로 들어가 반차별 인권 감수성을 길러봅니다.

[교육 프로그램]

- 차별 속으로 Go Go!
- 뚝딱뚝딱, 반차별 세상 만들기
- 강연 : 인권, 차별에 맞서라

(3) 셋째마당 '공익인권법학회원들과의 대화'

로스쿨과 사법연수원의 공익인권법학회원들을 초대하여 로스쿨이나 사법연수원 안에서 공익·인권 활동에 대한 고민이나 실천, 어려움 등 고민과 경험들을 나누고 함께 대안을 모색하는 시간입니다.

참여단체 : 로스쿨 공익인권법학회(고려대, 연세대, 이화여대, 한양대[1]),
사법연수원 인권법학회

[대화 주제]

- 공익, 인권 중 관심을 가지고 있는 분야는? 관심의 동기 및 고민전개 구상은?

1)로스쿨 공익인권법학회들 중에서 공감인권법캠프에 참여의사를 밝힌 학회들을 초대하게 되었습니다.

- 로스쿨이나 사법연수원에서 1년 동안 공익인권법학회 활동을 하면서 얻은 성과 및 어려웠던 점과 앞으로의 발전전망은? (학회 구성, 내부 세미나 및 스터디, 학회지 발간, 포럼 및 강연회, 자원봉사 등의 경험을 중심으로)
- 로스쿨이나 사법연수원에서의 공익인권교육 전반에 대하여(실무수습 경험, 과목개설 현황 및 현실, 학점제, 변호사시험, 전공트랙 등에 대하여)
- 학업과 학회활동 병행의 노하우?
- 진로에 대한 고민 및 준비?

(4) 넷째마당 '인권의 재구성'

- 일상 속 인권상황을 찾아내어 재구성해봄으로써 현실적인 인권문제의 다양한 측면을 고찰하고 창의적으로 표현할 수 있는 기회를 가진다.
- 주제에 대한 다양한 접근 및 표현 방식을 서로 나누어 봄으로써 문제가 되는 인권 상황에 대한 입체적인 접근을 가능토록 한다.
- 능동적인 협동 프로젝트를 통하여 깊이 있는 소통 및 친교의 기회를 마련한다.

① 모둠 별로 나누어준 주제 및 인권상황을 가지고 그 주제 및 상황에서 인권적 쟁점이 무엇인지 서로 토의해 본다.

② 토의를 통해 도출된 쟁점을 토대로 그러한 인권적 쟁점을 부각시키고 표현할 수 있는 창의적인 표현 방법을 논의 한다. (ex: 상황극, 모의법정, 싸이코 드라마)

③ 적절한 표현 방식을 선정한 후 그를 완성도 있게 표현하기 위해 준비한다.

④ 이상의 준비를 위하여 각 모둠은 식사시간 및 쉬는 시간 교육 후 시간 등을 이용한다.

⑤ 모둠별로 준비한 10분 동안 발표한다.

⑥ <창의성, 협동성, 완성도>를 종합 평가하여 우수한 2개 모둠을 시상한다.

(5) 다섯째마당 ' 내가 꿈꾸는 법조인'

- 참가자들이 꿈꾸는 미래의 법조인상에 대한 생각과 고민을 서로 나누고 캠프 참가소감을 공유하며 캠프를 통해 얻을 것 등을 정리할 수 있는 시간을 갖는다.

① 캠프기간동안 틈틈이 각자 1년후 자신에게 쓴 편지를 정리하며, 자신이 꿈꾸는 미래의 법조인상에 대한 생각과 고민을 모둠구성원들과 나눈다.

② 편지지를 봉투에 넣고 1년 뒤 편지를 받을 주소를 적고 공감우체통에 넣는다.

강좌

인권의 대전환

우리시대 인권과 민주주의 / 조효제(성공회대 사회과학부/NGO대학원교수)

법과 젠더

젠더와 법 / 양현아(서울대 법과대학 교수)

인권과 법률가

변호사 공익활동의무의 근거와 범위 / 차병직(참여연대 정책자문위원장, 변호사)

인권의 기초 및 발전사

영화로 본 인권과 법 / 정정훈(공감 변호사)

“우리 시대의 인권과 민주주의: 새로운 인권이론과 인권운동”

조효제 (성공회대학교사회과학부/NGO대학원 교수)

들어가면서

오늘날 한국 사회에서는 인권과 민주주의를 둘러싸고 큰 논쟁이 진행되고 있다. 용산 참사부터 소위 ‘나영이’ 사건까지 인권에 관한 설왕설래가 사회의 주요 의제를 모두 대표하고 있는 것 같이 보인다. 어째서 우리 시대에 인권에 대한 관심과 우려와 갈등이 이토록 격화된 것일까? 가장 쉬운 대답은 인권 상황이 나빠졌기 때문, 또는 민주주의가 후퇴하고 있기 때문이라고 말하는 것이다.

이런 관점을 다른 식으로 표현하자면 오늘날 한국 사회가 친인권과 반인권의 대립 구도로 가고 있다고 볼 수도 있다. 그런데 필자는 이 같은 단순 논리만으로는 현실을 제대로 파악할 수 없다고 생각한다. 이른바 민주적 인권을 옹호하는 쪽과 다른 인권개념을 주장하는 쪽 사이의 논쟁이 벌어지고 있다고 보는 게 정확할 것 같다. 필자는 물론 민주적 인권을 강력히 지지하는 사람이지만, 민주적 인권의 실현을 위해서는 피상적인 친인권-반인권 논쟁보다, 인권을 둘러 싼 본격적인 이론 논쟁을 대대적으로 전개해야 한다고 믿는다.

이러한 문제의식을 바탕으로 필자는 최근 샌드라 프레드먼의 《인권의 대전환》, 그리고 스탠리 코언의 《잔인한 국가, 외면하는 대중》을 출간하였다. 이들 책과 필자의 생각을 종합하여 현재 우리 사회를 뜨겁게 달구고 있는 인권에 대한 상반된 견해들의 모습을 살펴보자.

1. 인권의 참 뜻

인권은 인간의 자유와 거의 같은 뜻으로 이해되어 왔다. 자유라 하면 흔히 외부의 간섭이 없는 상태, 즉 당사자가 자기 마음대로 할 수 있도록 내버려 두는 상태라고 생각했다. 이러한 소극적 자유관은 자유주의의 국가관, 즉 국가가 개인에 대해 관여하지 않아야 한다는 사상과 동전의 양면을 이룬다. 이런 배경에서 시민적·정치적 권리라고 불리는 고전적 인권 개념이 유래되었다. 즉, 국가는 개인의 양심과 사상, 언론과 출판의 자유, 집회와 결사의 자유 등에 간섭하지 않음으로써 그것을 보호해야 한다고 생각되었다. 오늘날에도 흔히 '인권'이라고 하면 습관적으로 이런 식의 시민적·정치적 권리를 뜻하는 경우가 많고, 이것만을 진정한 인권이라고 생각하는 사람들이 많다. 물론 시민적·정치적 권리는 예나 지금이나 중요하고, 앞으로도 중요할 것이다.

그런데 이런 관점은 현대 인권의 발전에 비추어 대단히 협소하고 부분적이며 시대착오적인 관점이라 하지 않을 수 없다. 왜 그런가? 소극적인 인권은 자유의 일부분만 보장해 주기 때문이다. 예를 들어, 굶주리고 헐벗은 아이에게 아무 간섭을 하지 않고 그저 내버려 둔다면 그 아이에게 진정한 자유가 보장될 수 있을까? 그런 아이에게는 끼니와 보살핌과 거처와 교육을 제공해 주는 것은 더욱 중요하다. 이때 자유는 간섭받지 않을 자유만이 아니라, 자신의 삶을 적극적으로 선택할 수 있는 자유, 자신에게 꼭 필요한 인간적 기능을 충족시킬 수 있는 자유까지 포함하게 된다. 이것을 학자들은 공동체를 통한 자유 혹은 참여를 통한 자유라고 부르고, 인권에서는 이것을 흔히 경제적·사회적 권리라고 칭한다.

여기서 우리가 반드시 기억해야 할 점이 있다. 어떤 인간에게 반드시 필요한 조건을 다른 사람들이 충족시켜 주어야만 그 사람의 자유가 진정으로 보장된다면, 그때의 자유는 공동체 내에서 서로가 서로를 돌보고 아껴 줄 때에만 가능하다는 사실이다. 우리는 흔히 경제적·사회적 권리를 가난한 사람들이 최소한으로 요구할 수 있는 기본적 생존권이라고만 이해하기 쉬운데, 그러한 기본적 생존권 사상이 현실적으로 실현되려면 공동체적 인간관이 전제되어야만 가능하다는 점을 잊어서는 안 된다. 즉, "내 것을 악착 같이 찾아 먹을 줄 아는 상태"가 진정한 인권이 아니라, 그 사회 내에서 "한 사람도 낙오되지 않도록 서로가 서로를 부축할 줄 아는 상태"가 진정한 인권인 것이다. 전자는 자칫 이기심·경쟁심을 조장하는 풍조와 결합하기 쉽고, 후자는 연대심에 바탕을 두는 사회풍토를 지향한다. 그 둘 사이의 단기적인 효과는 비슷해 보일지 몰라도 장기적인 결과는 대단히 달라질 수 있다.

시장만능주의적 표현들, 예컨대, "돈 많이 버세요.", "부자 되세요."와 같은 언사가

공공의 담론 속에 폭넓게 유포되어 있는 우리 사회에서 어떻게 하면 서로가 서로를 부축할 줄 아는 인권을 추구할 수 있을지, 우리는 심각하게 고민해 봐야 할 것이다. 자칫 "내 것을 악착 같이 찾아 먹는" 경쟁의 논리가 경제성장을 위한 정당화 논리로 활용되고 그것이 시민적·정치적 권리조차 더 악화시킨다는 점을 잊어선 안 된다. 다시 말해, ①"부자 되세요."라는 구호 뒤에 함축된 경제주의적 인권관과 법질서 위주의 소극적 자유관이 새로운 인권 개념이라면, ②"서로 도우며 나눕시다."라는 연대의식과 그것을 표현할 수 있는 소극적·적극적 자유관의 적절한 배합이 민주적 인권 개념이라고 할 것이다.

오늘날 한국의 대중이 이 땅의 명백한 인권침해 현실을 어째서 외면하는가? 많은 사람들이 부지불식간에 ①과 같은 새로운 '인권' 개념에 끌리고 있기 때문이다. 그렇다면 민주적 인권 개념은 어떻게 해야 옳을까?

2. 국가의 진정한 역할

오늘날 한국 사회에서 인권을 서로 다르게 이해하는 흐름들이 있다고 할 때 그들 사이의 가장 큰 차이점은 국가의 진정한 역할에 관해 서로 다른 생각을 한다는 점이다.

한 쪽에서는 국가가 개인의 자유로운 시장 활동을 보장하고, 실정법에 나와 있는 법질서만 엄수하도록 하면 그게 바로 진정한 인권을 위한 길이라고 생각한다. 이것을 편의상 '비즈니스 프렌들리-법질서 인권관'이라고 불러보자. 다른 한 쪽에서는 국가가 모든 인권들을 적극적으로 보장하는 것이 국가의 진정한 역할이고 그것이 민주주의를 가장 확실하게 실천하는 길이라고 본다. 이것을 편의상 '확장적-민주적 인권관'이라고 불러보자.

여기서 두 가지를 지적할 필요가 있다. 첫째, 전자는 얼핏 들으면 현실적인 내용 같지만 인간과 사회를 둘러 싼 대단히 추상적인 가설에 뿌리를 내리고 있는 사상임을 기억해야 한다. 그리고 그것이 내세우는 바와 달리 현실 속에서 한번도 제대로 성공해 본 적이 없음을 기억해야 한다. 그것의 존재론적 지향이 현대의 보편적 인권관에 비해 너무나 협소하며, 인간의 온전한 자유를 확대하려는 역사적 추세와 너무나 동떨어져 있기 때문이다. 둘째, 후자가 생각하는 국가의 역할에 대해서도 섬세한 이해가 필요하다. 국가가 인권, 특히 사회권을 보장할 의무가 있다는 말을 곧이곧대로 해석하면 국가의 역할이 무한대로 커져야 한다는 말로 들릴 수도 있다.

그러나 지난 20세기 세계 정치사의 경험과 최근의 인권이론을 종합해 보면 국가는 인권(자유)을 최대한 보장하기 위해 상황에 맞게 자신의 역할을 조절할 필요가 있다

는 결론이 나온다. 국가가 시민들의 활동에 간섭하지 않아야 할 경우도 있다. 이것을 '국가의 자기억제 의무'라 한다. 반대로 국가가 시민들에게 직접 어떤 것을 충족시켜 주어야 할 경우도 있다. 이것을 '국가의 적극적 의무'라 한다. 또는 국가가 시민사회로 하여금 스스로 어떤 이니셔티브를 취하게끔 최대한 도와주어야 할 경우도 있다. 이것을 '국가의 촉진적 의무'라 한다. 이처럼 국가가 자기억제 의무, 적극적 의무, 촉진적 의무를 그때그때 상황에 맞춰 가장 알맞게 배합해야 한다는 것을 '국가의무의 최적화 이론'이라고 한다. 요컨대 국가가 확장적-민주적 인권관을 유지하되 단순한 최대화가 아닌 '최적화'를 지향해야 한다는 말이다.

3. 법과 인권

필자는 입법행위와 사법행위를 모두 넓은 의미의 '인권운동'으로 이해한다. 그런 의미에서 빈곤계층에게 혜택이 돌아가는 법안을 발의한 국회의원도 인권운동가이며, 사회적으로 발언권이 없는 약자에게 재판의 문호를 최대한 개방하고, 권력을 가진 측에게 자신의 정치적 결정행위를 시민들에게 설명하라고 명령하는 판사 역시 인권운동가이다.

그러므로 사법부의 행동은 민주주의 수호의 결정적인 보루가 된다. 이것이 바로 참된 의미에서 친인권적 사법부라 할 수 있다. 필자는 사법부 또는 법률가들을 진보니 보수니 하는 정치적 라벨로 분류하기 이전에, 얼마나 민주주의에 대한 확고한 믿음과 의지가 있느냐 하는 점으로 판단해야 옳다고 본다. 민주주의가 '민의 평등' 그리고 '민의 지배'라는 두 축으로 이루어진 개념이라고 할 때 그 정신을 사법 해석과 재판과정에서 얼마나 충실히 이행하느냐가 문제의 핵심이라 할 것이다. 이렇게 될 때에만 진보-보수를 초월한 민주적 사법부가 설 수 있을 것이고, 그러한 흐름에 어긋나는 법률가는 보수적 법률가라기보다 반민주적 법률가로 불러 마땅할 것이다.

민주적 사법부는 소외계층의 호소에 더욱 귀를 기울이고 (왜냐하면 '민의 평등'을 실천하기 위해서), 정부의 의사결정이 정치적 책무성에 부합되는 방향으로 이루어졌는지를 판별하며 (왜냐하면 '민의 지배'를 실천하기 위해), 민주주의가 후퇴하지 않는지를 감시해야만 한다 (왜냐 하면 민주공화국과 헌법을 수호하기 위해). 또한 사회적 권리 영역에서 사법심사가 어떻게 가능한지에 관해 세계 학계의 흐름을 배우고 따라야 할 것이다. 이 말에 동의하는 모든 법률가들에게 사법부의 '민주주의 보완이론'을 설파한 프레드먼의 《인권의 대전환》을 일독하라고 진심으로 권한다.

마지막으로, 인권과 민주주의를 실천할 의지가 있는 법률가라면 단순히 준법과 위법 여부를 가리는 것에 만족해서는 안 된다. 그 정도는 로스쿨 1학년 학생도 할 수

있다. 진짜 실력 있는 민주적 법률가라면 형식적 합법의 탈을 쓴 권력행사와, 법의 정신에 진정으로 충실한 권력행사 간의 차이를 꿰뚫어볼 줄 알아야 한다. 그러한 뉘앙스를 지혜롭고 용기있게 식별하라고 사회는 법률가들에게 그 많은 공부를 시키고, 그 높은 지위를 부여하는 것이다.

한국의 법률가들은 근대 자유주의의 시조로 꼽히는 밀이 일찍이 경고했던, 권력자들의 교묘한 권력행사 방식을 인지하고 민주주의와 인권의 정신으로 그런 행위를 막아낼 줄 알아야 한다. "권력을 행사하는데 적합하지 않은 사람일수록--즉 어떤 사람에 대해서든 그 사람의 자발적 동의 아래 권력을 행사할 줄 모르는 사람일수록--법에 따라 부여받은 권력에 유달리 집착하고 관행이 허용하는 한도 안에서 합법적 권리를 최대한 향유하려 한다. 그리고 그 권력을 행사하는데 쾌락을 느낀다." (존 스튜어트 밀. 1869. 《자유론》. 서병훈 옮김. 책세상. 93-94면).

4. 나오면서

오늘날 한국 사회는 두 가지 상반되는 인권 개념이 충돌하면서 극심한 열병을 앓고 있다. 인권의 역사적 진화 방향, 국제적 인권기준의 추세, 세계 학계의 흐름, 우리 사회의 높아진 민도 등을 고려할 때 어느 쪽 인권관이 옳은지는 이 글에서 이미 확실히 밝혔다고 생각한다.

결론 삼아 두 가지만 강조하자. 첫째, 민주주의의 정신에 비추어 그리고 《인권의 대전환》 이론에 따르면, 인권을 고양하기 위해 국가 그리고 사법부의 적절한 역할을 아무리 강조해도 지나치지 않다고 본다. 둘째, 아무리 객관적인 인권 원칙이 존재하더라도 그 사회가 인간의 고통을 부인하는 '부인의 정치문화'에 젖어 있을 때에는 인권침해의 실상이 드러나지도, 문제가 해결되지도 못한다. 용산참사가 대표적인 사례이다. 코언의 《잔인한 국가, 외면하는 대중》이 제기하는 문제의식이 바로 이것이다. 이는 <세계인권선언> 선언일을 맞아 인권정신에 동의하는 모든 사람들이 되새겨야 할 교훈이라 할 것이다.

젠더와 법

양현아 (서울대학교 법과대학 교수)

1. 배경: 법률가 성비의 급속한 변화

<표 1> 여성연수생 기별 추이

기별	연수생 전체(명)	여 연수생(명)	비율 (%)
24기 (1993)	293	16	5.5
25기 (1994)	284	18	6.3
26기 (1995)	291	31	10.7
27기 (1996)	315	27	8.6
28기 (1997)	496	35	7.1
29기 (1998)	592	49	8.3
30기 (1999)	694	92	13.3
31기 (2000)	717	119	16.6
32기 (2001)	801	152	18.97
33기 (2002)	976	171	17.52
34기 (2003)	972	230	23.66
35기 (2004)	887	187	21.08
36기 (2005)	987	243	24.60
37기 (2006)	977	309	31.63

<표 2> 여성 법조인 현황

(단위: 명, %)

성별 / 직업별	계(A)	성별		여성비율(%) (B/A)	비고
		남	여(B)		
판사	2,378	1,879	499	**21.0**	* 2008. 12. 기준
검사	1,671	1,411	260	**15.6**	* 2008. 12. 기준
변호사	10.165	9,154	1,011	**9.9**	*2008.12. (대한변협 총등록자)
계	14,228	12.456	1,771	**12.4**	

<표 3> 여성 판사수의 추이

	판사 총인원	여판사인원	여판사 비율(%)
1979	550	5	1
1989	889	25	2
1994	1185	55	4.6
1999	1509	103	6.8
2000	1597	120	7.5
2001	1711	139	8.1
2002	1841	174	9.4
2003	1967	226	11.5
2004	2093	275	13.1
2005	2142	318	14.8
2006	2221	375	16.8
2008	2378	499	**21.0**

*판사수는 정원외 법관(예비판사, 행정처장)까지 포함

(출처 : 사법연감)

<표 4> 변호사 성별 구성 (1974-2007)*

(단위: 명. %)

	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985
전체수	812	809	819	811	832	890	940	1013	1058	1098	1166	1179
여성수	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3
비율	0.4	0.4	0.4	0.4	0.4	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3	0.3

	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
전체수	1320	1414	1521	1666	1803	1983	2258	2450	2685	2852	3078	3189
여성수	5	7	9	14	18	21	27	30	38	42	50	62
비율	0.4	0.5	0.6	0.8	1.0	1.0	1.2	1.2	1.4	1.5	1.6	1.9

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
전체수	3364	3887	4228	4618	5073	5586	6300	6997	7603	8174
여성수	79	103	132	174	238	373	462	558	645	784
비율	2.4	2.7	3.1	3.8	4.7	5.5	7.3	7.97	8.5	9.6

* 대한변호사 협회 등록 변호사

2. 법조인의 성인지성의 중요성

"판사들의 더 중요한 문제는, **여성법관들 스스로 자신의 여성성을 어떻게 어느 범위에서 적용하고 관철시켜야 하며, 또한 균형을 잡아야 할 것인가 하는 내면적 고민과 갈등들이다**.... 여성 법관의 수가 늘어가면서 이혼시 위자료의 액수나 성폭력 피고인에 대한 양형이 현격히 높아지게 된 것은 널리 알려진 일이다. 여성법관들의 존재 그 자체만으로도 이른바 성인지적 관점이 어느 정도 실현될 수 있음을 보여주는 예다."

"하지만 그 양상이 다기하고 또 증거관계가 매우 불투명한 실제의 재판에선 여성법관이 개인적인 차원에서 아무리 목적의식적으로 연구하고 노력한다 하더라도 **이른바 성인지적 관점의 실현이란 것이 단선적이고 결단적인 그 무엇이 되기는 매우 어렵다.** 재판 작용이란 한편 양 당사자 사이에서 균형을 잡는 일이기도 한데....실제의 재판에선 원고와 피고, 피해자와 피고인, 여성과 남성이 서로 교차되어 등장할 뿐만 아니라[2], 증거에 대한 판단과 가치에 대한 판단도 서로 다른 층위에서 교차하면서 공존하고 있고, 그 속에서 진정 합당하게 관철되어야 할 남녀평등적 관점이란 때론 그 자체가 또 다시 새로운 가치판단일 수밖에 없는 경우가 대부분이다."

"일부 여성법관은 특히 성폭력사건 같은 형사재판에서의 합의시 자신이 반드시 피해자인 여성에 대하여 옹호하지 않으면 안된다는 강박에 휩싸이기도 하고, 또 때로는 자신이 아무리 객관적이고 균형 잡힌 의견을 이야기하여도 그 의견 자체가 남성법관들에 의하여 경도된 것으로 늘 의심받고 있는 게 아닌가 하는 의구심을 떨칠 수 없었다고 토로하기도 한다. **그 속에서 여성법관 자신이 일관되게 관철할 수 있는 성인지적 관점이란 무엇이며, 또 어떻게 얻어질 수 있을까.** 여성법관들의 고민은 계속되고 있지만, 날로 정교하고 교묘해져 가는 사건의 추이 속에서 그 해답 역시 점차 심오해져 가지 않을 수 없다."[3]

---

2) 선불금 사건의 예만 보더라도, 여기에 등장하는 인물들은 피해자인 여성뿐 아니라, 직업소개소를 운영하는 실제 자금주인 여성, 때론 악의적인 사기행각의 일원으로 상습적으로 선불금을 편취하는 여성사기꾼, 그 여성을 소개하면서 역시 그 일환으로 연대보증을 하였으나 후에 선불금 무효를 주장하여 자신의 책임을 피하려는 소개업소의 여성직원, 위증을 일삼는 여성증인 등이 등장한다.

(1) 성인지적 시각(gender-sensitive perspective)이란 무엇일까?

성인지적 시각은 하나의 방법이나 결단이 아니다.

그것은 성맹적(gender-blind) 시각을 극복하고자 하는 생각 아래 구성되는 다양한 방법들 혹은 아직 다 찾지 못한 방법들이다.

그것은 기존의 편견(bias)를 해체하고 새로운 대안을 구성하는 해체와 창조의 방법이다.

3. 판례에서 본 성인지적 사유(reasoning) 방식[4)]

(1) 성중립적 해결 혹은 방관

서울대 성희롱 사건: 공동체의 선량한 풍속 기준으로 판단

대법원 1998. 2.10. 선고 95다39533 【손해배상(기)】

이른바 성희롱의 위법성의 문제는 종전에는 법적 문제로 노출되지 아니한 채 묵인되거나 당사자간에 해결되었던 것이나 앞으로는 빈번히 문제될 소지가 많다는 점에서는 **새로운 유형의 불법행위이기는 하나, 이를 논함에 있어서는 이를 일반 불법행위의 한 유형으로 파악하여 행위의 위법성 여부에 따라 불법행위의 성부를 가리면 족한 것**이[다].

특히 남녀관계에서 일방의 상대방에 대한 성적 관심을 표현하는 행위는 자연스러운 것으로 허용되어야 하지만, 그것이 상대방의 인격권을 침해하여 인간으로서의 존엄성을 훼손하고 정신적 고통을 주는 정도에 이르는 것은 위법하여 허용될 수 없는 것이다.

그리고 어떤 성적 표현행위의 위법성 여부는, 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인

3) 신진화, "여성법관의 현황과 과제", 한국젠더법학연구회, 2007.2. 세미나발표문에서

4) 이하 성인지적 사유방식과 판례에 대한 논의는 졸고, "서구의 여성주의 법학 - 평등과 차이의 논쟁사," <법사학연구>, 26호, 2002; "실증주의 방법론과 여성주의 법학" <서울대학교 법학>, 제46권 2호, 2005에 기초함

지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여, **그것이 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부, 즉 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반되는 것인지 여부에 따라 결정되어야 할 것**이다.

서울고등법원 1995. 7.25. 선고 94나15358 【손해배상(기)】

성적 괴롭힘은 직장 내에서 여성의 인간의 존엄에 대한 공격행위를 모두 포괄한다고 할 수 있고 그 위법성의 여부를 판단함에는 당해 성적 언동의 성질이나 그것이 행해진 배경적 제 상황 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이지만 새로이 성적 괴롭힘으로서 법적인 보호를 베풀어야 하는 행위는 다음과 같다. 첫째로 '성적 괴롭힘'은 고용관계와 관련하여 행해진 행위이어야 한다. 둘째로 '성적 괴롭힘'은 성적 행위, 즉 불쾌한 성적 접근에 응하기를 요구하는 행위 기타 성적인 성격을 가지는 일체의 언동을 포함하지만, 그 성적인 성격이 노골적이고 성적인 의도가 분명히 간취될 수 있어야 하며(**교육상 또는 직업수행상의 필요에 의하여 행해지는 신체적 접촉 또는 친밀감의 표시나 사회관습상 의례적으로 이루어지는 언동은 이에 해당될 수 없다**), 그 행위의 태양은 중대하고 철저한 것이어야 한다. 셋째로 '성적 괴롭힘'은 그 행위 상대방이 원하지 않은 행위이며 그 판단에는 피해자가 실제로 가진 심리적 태도뿐 아니라 행위를 둘러싼 객관적인 정황을 고려하되 현존하는 사회적 편견으로 인하여 피해자가 입게 될 심리적·사회적 피해를 고려하여야 한다. 따라서 진지한 목적을 가진 호소나 권유는 이에 해당하지 않으며, 또 동의를 하였다고 하여 모두 원해진 행위라고 단정될 수 없다.

특히 하나의 공동목적을 위하여 직장이라고 하는 공동의 장에 자신을 입장시킨 개인은 그 구체적 고용관계 내에서 스스로 개인적 자주결정권이 제한되며, 타인과의 관계에서는 타인의 행동의 자유가 반대이익으로 등장하게 됨을 인식하여야 한다. 한 직장에서 **근로자의 인격권에 대한 침해가 그 침해하는 자 측에서 보아 업무수행을 위하여 필요한 것이거나 불가피한 것인 때에는 그 근로자는 그 직장을 떠나지 않으려면 또는 그가 그의 업무를 충실히 수행하려면 그 침해를 수인할 의무가 있는 경우도 있다.**

첫째로, 성이 인간의 발전을 이끄는 원동력이고 기본적인 에너지원이라고 하는 인식을 제쳐둔다고 하더라도, **남녀관계를 적대적인 경계의 관계로만 인식하여 그 사**

이에서 일어난 무의식적인 또는 경미한 실수를 모두 법적 제재의 대상으로 삼으려는 주장에는 경계하여야 한다. 그렇게 되면 남녀간의 모든 접촉의 시도는 위축되고 모든 남녀관계가 얼어붙게 되어 활기차고 정열적인 남녀관계의 자유로움과 아름다움이 사라지게 될 우려가 있다. 그것은 남성에게 뿐 아니라 여성에게도 불행스러운 일이 될 것이다.

둘째로, 성적 괴롭힘은 일반적으로 **남녀간의 은밀하거나 사적인 공간에서 이루어지는 것이 대부분인데, 이러한 관계가 법적인 개입의 대상으로 된다는 것은 간섭없이 자유로워야 할 사생활 등 개인의 사적인 영역이나 사인간의 관계에 증거조사 등을 위해 국가의 공권력의 개입을 부르게 된다는 점에서 주의를 요한다는 점이다. 경우에 따라서는 마음을 튼 남녀간의 성적, 애정적 관계가 일방의 배신으로 만천하에 공개되고 그에 연루된 개인의 프라이버시가 침해되는 상황이 초래될 우려가 있다.** 새로운 불법의 유형을 인정하여 불법행위제도를 운영함에 있어서 간과하여서는 안 될 점이라고 생각된다.

(2) 여성에 대한 통념의 파기

미국에서는 1980, 90년대에 **젠더 편견 TF(Gender Bias Task Force)가 속속 조직되었고**, 이 TF는 법제도 안에서 여성 법률가가 경험하거나 관찰한 차별에 대해서 보고서를 작성하였다.

* 여성이 할 수 있기 때문에 전문성이 낮고 쉬운 일, 저임금, 저지위를 정당화되곤 한다 - not vice versa --> 여성 노동의 평가, 직무 분석, 비교 가치 등 판단에 영향을 미침.

* 성중립적 태도와의 차이: '젠더를 보지 않거나 젠더 요소를 무시하는 태도가 아니라 젠더가 부정적으로 영향 미치는 현실을 뚜렷이 인식함. 즉 젠더 차원을 인식하고 있음.
- 여성 옹호적 사유가 들어가 있음.

A. Weeks v. Southern Telephone and Telegraph [408 F.2d. 228 (5th Cir. 1969)].

윅스는 세 아이를 홀로 키우며 가족의 생계를 책임져 왔다. 자녀가 성장하면서 전화교환직의 임금으로는 생활을 꾸려 나가기 어려워서 고임금 직종을 찾았으나

이런 직종은 모두 남성 직종이었다. 윅스는 '전형적(typical) 가족'과는 다른 편모 가족의 가장으로 주법의 여성보호 조항이 편모 가족의 실제 삶과는 전혀 맞지 않는 허구적인 것이며, 기업 측의 변명은 여성을 고임 직종에 고용하지 않으려는 술책이라고 반박했다. 여성이 나약한 존재하는 이미지를 전달하는 주의 보호 입법은 현실을 전혀 반영하지 않았다. 윅스는 전화교환직의 일을 하면서 3교대 직무를 하도록 되어 있었고 야간근로를 이미 하고 있었다. 또한 아이 셋을 키우면서

30파운드 이상의 무게가 나가는 것을 들어올리는 일을 수 차례 해 왔다. 30파운드는 2살된 아이의 몸무게보다 가벼운 것이었다.

윅스를 1심에서 패소하게 했던 법적 근거는 민권법 제7편의 진정직업자격(BFOQ) 조항이었다. 당시의 고용기회평등위원회(EEOC)의 위원들은 민권법 제7편에 성평등 조항이 포함된 것을 못마땅하게 여겼고 주법에서 정한 여성 보호규정을 지지하는 편이었다. 성별 직무분리는 여성의 생물학적 특징과 성차이의 결과로 받아들여졌고 진정직업자격에 해당되는 사항이라고 여겨졌다. 하지만 여성의 완력에 대한 실증적 자료를 통해 이른바 보호입법이 가진 허구적 전제가 드러났다. 보호의 대상이 되는 여성노동에 대한 '사실'은 더 이상 지탱되기 어려운 것이었다.

B. EEOC v. Brown & Root, Inc. [688 F.2d 338 (1982)].

사라(Sarah John Boyes)는 브라운 건설회사에서 일하였는데, 그녀는 머리 위에 있는 높이의 철제빔에서 일하도록 업무배치를 받았다. 그러나 그녀는 높은 위치에서 공포로 마비될 지경이었고 다른 사람의 도움을 받아서야 비로소 아래로 내려올 수 있었다. 이에 대해 회사 측은 그녀가 배정받은 업무를 수행하는데 적당
하지 않다는 이유로 해고 통보하였다.

여기서 문제가 된 사안은 사라와 똑같이 고소 공포증이 있는 남성 노동자도 해고되었느냐는 것이었다.

EEOC는 회사 내의 조사를 통해, 마찬가지 조건에서 일했던 4명의 남성노동의 진술을 제출하였는데, 이 남성들은 자신을 포함한 몇몇의 남성노동자들 역시 이전에 공포로 마비된 적이 있었고, 다른 사람의 도움을 받지 않고서는 내려올 수

없었다고 진술하였다. 그럼에도 불구하고 그들은 해고되지 않았으며 이들 중 한 노동자는 자신은 높은 곳이 무섭기 때문에 땅에서만 일하도록 배정되었다고 진술하였다. EEOC는 이러한 조사를 근거로 남성도 공포를
느낄 수 있는데 여성만 해고한 것은 성차별이라고 주장하였다.

본 사건에서는 '여성이기 때문에 공포를 더 많이 느낄 것'이라는 성별 스테레오타입은 실증적 조사에 의해 근거가 사라졌다.

(3) 여성의 입장을 추론하는 판단

성희롱 사건에서 누구의 관점에서 설 것인가?
--> "사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부는 누가 판단할 수 있는가?
--> 비슷한 경험 혹은 위치를 가진 '합리적 피해자의 시각', **"합리적 여성 기준"을 정립할 필요가** 있음[Ellison v. Brady (924 F.2d 872, 1991]

이를 위해, 피해자의 관점이 어떤 것인지 분석할 필요가 있다.
한편, 차이를 가진 젠더로서의 '여성'의 고정을 경계함.
여성을 계속해서 2등의 시민, 열등한 젠더로 만듦
차이는 양성이 모두 가진 것. 모든 개인이 가진 것.

참고: Christine Littleton의 "Accommodation Model": **'양성간 차이'의 수용**; 차이에 대하여 일방이 대가를 치르지 않아도 되는 평등론

Carol Gilligan의 <다른 목소리로>: 타인에 대한 상상력

1) 성폭력 사건: 서울지방법원 2004. 10. 22 선고 2004고합228

가. 사건 발생 8개월 이후의 고소에 대해

이러한 피해자의 진술내용을 이 사건 심리과정에서 밝혀진 피해자의 불우했던 어린 시절과 참담했던 과거 경험에 비추어 살펴보면, 피해자가 남편과 혼인생활을 하면서 오랜만에 어쩌면 생애 처음으로 찾은 행복을 너무나 소중하게 생각하고 있었고 그 행복을 잃지 않기 위해서 **자신과 시누이의 혼인이 파탄되지 않기를 바라는 절실한 마음과 그 행복을 지키기 위해서는 자신이 당하였던 모멸적 기억을 숨길 수**

있다고 믿었던 마음과 그러한 마음에도 불구하고 결코 잊을 수 없었던 죄책감과 모멸감 때문에 8개월이 지난 시점에 고소를 결심하게 된 마음을 넉넉히 짐작할 수 있다. 이와 같이 이 사건에서 피해자의 특수한 경험과 당시 처한 형편을 참작할 때 피해자가 강간 후 8개월이 지나서 고소를 제기한 사정은 피해자 진술의 신빙성을 의심케 하는 정황이 되지 못한다는 것이 이 법원의 판단이다.

나. 가해자와 피해자의 관계에 대해 - 데이트 강간 문제?

피고인과 변호인은 피해자가 집을 나와 순순히 피고인과 함께 여관방에 들어간 사실, 피해자가 주장하는 1차 강간 후에도 피고인이 구해놓은 집에 입주하였고, **피해자가 주장하는 2차 또는 3차 강간 후 피고인과 함께 비디오를 빌리러 갔으며, 피고인과 함께 게임방에 가서 게임을 하는 등 피해자가 피고인의 호의를 받아들이고 친밀하게 지낸 사실**을 들어 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하고 있다.

다. 사람간의 반응 차이에 대해

무릇 사람들의 반응이 동일한 상황 하에서도 동일하지 않다는 것을 우리 모두는 알고 있다. 어떤 사람들은 다른 사람과 눈이 마주쳤다는 이유만으로 사람을 칼로 찌르는 반면 어떤 사람들은 이유 없이 뺨을 맞고도 참을 줄 안다. 무섭게 노려보는 것만으로 겁을 먹고 몸이 얼어붙는 사람들이 있는 반면에 어떤 사람들은 칼을 든 상대방에게 용감히 저항하기도 한다. 강간으로 인한 마음의 상처를 평생 안고 어렵게 살아가거나 심지어 자살을 시도하는 사람도 있지만 어떤 사람은 모멸적 기억을 극복하고 자신의 삶을 훌륭하게 이어가기도 한다.

라. 피고인의 폭행·협박이 강간죄를 구성할 정도의 폭행·협박인가

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 그러한 폭행·협박이 피해자에게 미친 심리적, 육체적인 영향, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결, 1999. 4. 9. 선고 99도519 판결 등 참조).

과연 어느 정도의 폭행·협박이 '피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것'에 해당하는가? 이를 판단하는 보다 상세한 판단기준에 대한 이 법원의 견해는 다음과 같다.

형법은 최강도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 빼앗은 행위를 강도죄로 처벌(형법 제333조)하는 외에 이보다 약한 정도의 폭행·협박을 수단으로 재물을 빼앗은 행위도 공갈죄로 처벌(형법 제350조)하고 있지만, 폭행·협박을 수단으로 여성을 간음한 행위에 대하여는 이러한 구분을 두고 있지 않다. 또한 형법은 강도상해·치상죄에 대하여 무기 또는 7년 이상의 징역형(형법 제337조)을 정하고 있음에 반하여 강간상해·치상죄에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역형(형법 제301조)을 정하고 있다.

학교의 성교육시간에 만일 성폭력을 직면하게 되면 침착성을 잃지 말고 상대 남자의 흥분을 가라앉히기 위하여 대화를 시도하라고 가르치는 현실에서 피해 여성이 가해 남성의 성폭력 위협에 직면하여 대화를 시도하고 담배를 나누어 피우자고 제안하였다는 반응의 특이성만을 들어 다른 사정에 대한 참작 없이 성폭행 당했다는 피해자 진술에 합리적 의심이 있다고 판단하고[중략]

마. 왜 더 저항하지 않았던가에 대해 - 피해자의 저항 요건?

많은 범죄사례를 접하다 보면 폭력적 범죄에 대한 적극적 저항이 더 강한 폭력과 더 큰 피해를 초래하는 사례를 적지 않게 보게 된다. 공포심이 클수록 더 강하게 저항하는 사례가 있는가 하면 반대로 공포심이 커지면 아무런 저항을 하지 못하는 사례도 보게 된다. 처음 당한 성폭력에서 강하게 저항하였다가 심한 폭력을 당하고 큰 피해를 입은 경험을 가진 여성이 또 다른 성폭력을 당한 경우 비교적 약한 폭력과 협박하에서도 쉽게 저항을 포기하는 사례도 볼 수 있으며, 윤간을 당하는 여성이 처음에는 강하게 저항하다가도 후에는 자포자기의 심정으로 저항을 포기하는 사례도 볼 수 있다. 정조의 가치를 목숨보다 중하게 여기는 문화 속에서는 더 많은 여성들이 성폭력에 직면하여 목숨을 건 저항을 시도할 것으로 생각되지만, 성폭력을 당한 것이 모멸적인 경험이 될지언정 피해 여성의 인격적 가치를 떨어뜨리는 일이 될 수 없는 현 문화 속에서 법과 국가가 성폭력에 직면한 여성들에게 목숨을 건 저항을 요구하는 것은 온당한 일이 아니다. 또한 범죄에 직면한 피해자가 구조를 요청한다고 하여 반드시 구조되지 않고 더 강한 폭력, 더 큰 피해를 초래하는 경우도 얼마든지 있다는 것이 우리의 경험이며 현실이다.

2) 가정폭력 피해자의 PTSD 최초 인정 사건

서울고등법원 2005. 3. 18 선고, 2004노 2819 살인
서울지방법원 2004. 10. 15. 선고, 2004고합 159

항소이유서 (해당 피고인 변호사 제출)
위 사건에 관하여 피고인의 변호인은 다음과 같이 항소이유를 개진합니다.

가. 가정폭력 피해자의 남편 살해에 대해

⑤ 검찰은 항소이유에서 아무리 남편이 잘못하였더라도 어떻게 남편을 칼로 찔러 죽일 수 있느냐는 취지의 주장을 하고 있습니다. **그런데 상대방이 남편이기 때문에 피고인으로서는 달리 탈출구가 없었습니다. 남이라면 얼굴을 안보고 만나지 않으면 간단하게 문제가 해결됩니다. 그러나 피고인은 늘 술먹고 욕설하며 폭행하는 남편을 하루 24시간 일년 365일을 얼굴을 맞대고 살아야 했으며, 남편이기 때문에 그 부당한 구조속에서 벗어날 수 없었습니다.** 또한 검찰은 피고인이 당해온 고통이 피해자가 단순히 술을 먹고 주정을 하여 정신적으로 고통을 당해온 것으로 이해하고 있는 것처럼 보입니다. 그러나 피해자가 피고인에게 가한 것은 단순한 주정이 아니라 심한 의처증과 물리적 폭력이었으며, 이로 인해 병원의 응급실에 실려가거나 진단서를 발급받을 정도의 상처가 생긴 것이 여러번이었습니다 그리고 칼을 들고 위협한 적도 여러번 있었습니다(이점은 제출하는 방송테이프에 목격자의 진술이 담겨 있습니다).

⑥ 이러한 가정폭력 피해자들에 대하여 법치국가인 우리 사법부와 사회는 아무런 보호와 대책을 세우지 못하고 있습니다. 그것은 아마도 우리 모두의 책임일 것입니다. **가정폭력 피해자들은 피고인처럼 참고 참다가 극한 상황에 이르러 남편을 죽이면, 일순간에 피해자와 가해자가 서로 뒤바뀌어, 수십년간 폭행을 행사하던 가해자인 남편은 불쌍한 사람이 되어 애도를 받고, 가정폭력 피해자들은 살인죄로 온갖 비난을 받으며 감옥에 보내집니다. 그리고 혹 남편이 수십년간 아내를 폭행하다가 그 도가 지나쳐, 혹은 잘못 때려서 아내를 죽이면 살인죄보다 형이 낮은 상해치사나 폭행치사로 처벌하여 왔습니다. 그리고 살인죄로 처벌받은 가정폭력 피해자들이 계속하여 정당방위를 주장하여 왔지만 법원은 아직 단 한차례도 정당방위를 인정하지 않았습니다.**

⑦ 혹자는 피고인이 왜 진즉, 폭행사실을 경찰에 신고하고 이혼을 하지 못하

였느냐고 할 수 있습니다. 그러나 가진 것이 없고, 배운 것이 없는 피고인이 이혼을 결심하기란 쉽지 않습니다. 설령 가진 것이 있고 배운 것이 있다고 하더라도 아이들의 아버지인 남편과 이혼을 결심하기란 그리 쉽지 않습니다. 피고인처럼 착한 여자인 경우에, 아이들이 어린 경우에는 더욱 그렇습니다. 피고인은 아이들이 좀더 크면 이혼하리라 마음먹고 있었습니다

나. 1심의 정신감정결과에 대하여

1심에서 피고인은 공주치료감호소에서 정신감정을 받은 바 있는데, 그 결과는 피고인에게 혼재성 불안 및 우울장애가 있기는 하나 범행당시 심신미약의 정도에 이르지는 않았던 것으로 보인다는 것입니다.

그런데 오랫동안 가정폭력 피해자를 연구하고 상담하여온 정신과 전문의들의 견해에 따르면 가정폭력 피해자들은 피학대증후군이나 스트레스성 우울장애를 앓고 있으며, 이러한 장애를 앓고 있는 사람들은 지속적으로 폭행을 가하던 사람이 공격을 해 올 경우 일시적인 정신착란상태에 빠지기 쉬워서 피고인과 같은 범행에 이른 경우 심신상실 혹은 심신미약 상태에 있었는가의 여부를 따지기 위해서는 가정폭력을 연구하여 온 법정신의학의 소양이 깊은 전문가의 정밀감정이 필요하다는 것입니다. 그런데 피고인을 감정한 공주치료감호소의 감정의가 이러한 전문적인 소양이 있었다고는 볼 수 없습니다. 피고인에 따르면 공주치료감호소에서의 감정당시 피고인은 두 차례 약 30분에 지나지 않는 시간만 감정의와 면담하였을 뿐 심도있는 감정을 받지 않았다고 진술하고 있으며, 정신과는 그 범위가 상당히 넓어서 한사람의 정신과 전문의가 모든 정신과 분야를 포괄할 수 있는 것이 아닙니다.

따라서 피고인이 가정폭력을 지속적으로 당해오던 피해자로서 사건당시 어떠한 정신상태에 있었는가의 점을 판단하기 위하여는 이 분야를 오랫동안 연구하여온 전문가에게 정밀감정을 받아 본 후 결정하여야 할 것입니다. 그러므로 한양대학교에서 오랜기간 가정폭력을 연구하고 피해자들을 상담, 치료해왔고 지금은 정년퇴직하고 정신과병원을 개업한 000 박사께 다시 감정을 받도록 하여 줄 것을 신청합니다.

(4) 성차별 법의 폐지를 통한 사회구조 변혁

호주제 헌법 불합치 결정: 헌법재판소 2005 2월 3일 선고, 2001헌가9～15・2004헌가5(병합)

1. 심판대상조항인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문이 그 근거와 골격을 이루고 있는 호주제는 혼인과 가족생활에서 개인의 존엄과 양성의 평등을 규정한 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 하면서,

2. 단순위헌결정을 하게 되면 호주를 기준으로 가별로 편제토록 되어 있는 현행 호적법이 그대로 시행되기 어려워 신분관계를 공시・증명하는 공적 기록에 중대한 공백이 발생하게 되므로, 호주제를 전제하지 않는 새로운 호적체계로 호적법을 개정할 때까지 심판대상조항들을 잠정적으로 계속 적용케 하는 것이 필요하다며 헌법불합치결정을 선고하였다(재판관 6인의 다수의견).

*** 헌법과 전통의 관계

[호주제는 전통 가족제도이므로 존중하여야 한다는 주장이 있어 먼저 헌법과 가족법의 관계, 헌법 제9조(전통문화의 계승・발전)와 헌법 제36조 제1항(혼인과 가족생활의 개인존엄 및 양성평등)의 관계에 관하여 살피고 있다]

(1) 헌법은 국가사회의 최고규범이므로 가족제도가 비록 역사적・사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며, 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다.

(2) 우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.

한편, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 '전통', '전통문화'란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통・전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.

*** 호주제의 위헌성

[먼저 호주제의 내용을 개관한 다음, 헌법 제36조 제1항에 규정된 양성평등과 개인존엄에 위반된다고 판단하였으며, 변화된 사회환경과 가족상(像)에 비추어도 호주제 존치의 이유가 없음을 밝히고 있다]

(1) 심판대상조항인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문이 그 근거와 골격을 이루고 있는 호주제는 '호주를 정점으로 가(家)라는 관념적 집합체를 구성하고, 이러한 가를 직계비속남자를 통하여 승계시키는 제도', 달리 말하면 남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는데 필요한 여러 법적 장치로서, 단순히 집안의 대표자를 정하여 이를 호주라는 명칭으로 부르고 호주를 기준으로 호적을 편제하는 제도는 아니다.

(2) 호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별로서, 호주승계 순위, 혼인시 신분관계 형성, 자녀의 신분관계 형성에 있어서 정당한 이유없이 남녀를 차별하는 제도이고, 이로 인하여 많은 가족들이 현실생활과 가족의 복리에 맞는 법률적 가족관계를 형성하지 못하여 여러모로 불편과 고통을 겪고 있다.

우선 호주 지위를 승계함에 있어 철저히 남성우월적 서열을 매김으로써 남녀를 차별적으로 취급하고 있다. 남자라는 이유만으로 어머니와 누나들을 제치고 아들이, 또한 할머니, 어머니를 제치고 유아인 손자가 호주의 지위를 차지하게 된다.

다음으로 혼인을 하더라도 남자는 자신의 가(家)에 그대로 머무르거나 법정분가하면서 새로운 가의 호주가 되는 반면, 여자는 자신의 가를 떠나 남편이 속한 가 또는 남편이 호주로 된 가의 가족원이 될 뿐이다. 부부는 혼인관계의 대등한 당사자임에도 불구하고 처가 일방적으로 편입되는 이러한 제도로 인해 처의 부에 대한 수동적·종속적 관계가 정착된다.

4. 결론: 차별적 효과(disparate impact)에 대한 민감성과 인권

성 차별과 편견에 대한 날카로운 감수성 - 한국의 사법부에서 이론는 과잉이 아니라 과소라고 보임.

여성의 요구는 '개인의 이익'으로 기존의 질서는 '사회, 국가적 공공적 이익'으로 (호주제도 위헌법률심사 제청에서).

성평등적 법률에 대한 인식, 소수자의 인권을 옹호하기 위한 법률이 그 해석과 집행이 오히려 사법절차에서 잘 이루어지지 않는다.

국민들의 다양한 요구, 특히 소수자들의 요구와 고통을 해소하려고 그 요청이 입법 과정 속에서 법 안에 수렴된다. 하지만 이 법률이 사법부의 해석과정에서는 오히려 기존의 통념 속에서 동결되어 버리고, 그 '현실들'을 담아내지 못하게 된다면 법은 유익하지 않게 될 것이다.

변호사 공익 활동 의무의 근거와 범위[5)]
왜 가끔 착한 사마리아 인이 되어야 하는가?

차병직 (참여연대 정책자문위원장, 변호사)

1. 서 론

변호사는 부러움의 대상이 되곤 하지만 결코 존경 받지는 못한다. 이 말은 변호사라는 직업의 특성을 가장 잘 표현하고 있다. 부러움의 대상이 되는 이유는 경제적으로 안정적인 직업이란 인식 때문이다. 이런 설명에 대하여 일부 변호사들이 강한 반론이나 이의를 제기할 가능성이 있다. 변호사들의 법률서비스 시장이 호황을 누리지 못할 뿐만 아니라, 영업 부진으로 경제적 어려움에 처한 변호사들도 많다는 사정을 반론의 근거로 삼을 것이다. 하지만 그런 현실은 경쟁에서 뒤진 변호사들의 일부 사례라고 할 수밖에 없다. 변호사 직종이 제공하는 전체 법률서비스의 양과 그 대가로 지불되는 전체 비용의 액수와 비율을 따지면, 우리 산업 사회에서 변호사는 아직 경제적으로 안정된 수입을 얻는 직업에 속하는 것은 분명한 사실이다.

그럼에도 불구하고도 존경 받지 못하는 이유는 무엇일까. 아마도 사회적 공헌도가 낮다는 평가 때문일 것이다. 그런 평가는 일반 시민들의 인상에 각인된 변호사들의 인격이나 인품의 평균치에 기인한 결과일 수도 있지만, 직업적 특수성이 부정적 평가를 만들어내기도 한다. 법률가를 대표하는 변호사는 정의의 실현을 기치로 내세우고 있지만, 실제로 하는 일은 객관적 진실에 구애 받지 않고 의뢰인의 이익을 위해 모든 수단을 동원하는 것이다. 의뢰인의 이익은 그 상당한 부분이 다시 담당 변호사

5) 이 글은 이화여자대학교 법학논집 제13권 제1호(2008. 9.)에 게재한 것으로, 원래 2005년 사법제도개혁추진위원회에 제출한 용역보고서 「변호사 공익 활동의 활성화 방안」을 토대로 한 논문입니다. 이 논문을 기본 텍스트로 하여 변호사 공익 활동과 인권에 대한 전반적인 토론을 전개하겠습니다.

의 이익으로 돌아간다. 결국 변호사는 자신의 철학이나 이념 또는 견고한 법 이론을 바탕으로 하여 신념과 지조로 행동하는 직업인이 아니라, 당면한 구체적 사건에서 의뢰인의 이익을 위하여 필요한 법과 논리를 찾고 선택하는 전문가일 뿐이다. 그리하여 법률가는 보수에 상응하는 서비스를 의뢰인에게 제공하기 위해 법의 테두리를 벗어나지 못하고, 보다 근본적인 대의의 판단은 유보하는 직업인의 모습으로 비친다.

찰스 디킨스가 장편소설 『위대한 유산』에서 묘사한 법률가의 모습이다(안경환, 『법과 문학 사이』, 까치, 269쪽)..

그런데 사회적으로는 변호사 에게 거는 특별한 기대와 요구가 있다. 그 중의 하나가 변호사의 공익 활동이다. 변호사에 대한 공익 활동의 요구는 변호사에 대한 실망감에서 비롯하는 것일 수 있다. 그런가 하면 변호사란 직업의 기능적 특수성 때문일 수도 있다. 공익 활동이 필요한 직업인데도 불구하고 태만할 수 있으므로 그 직역 바깥에서 요구해야 한다는 의미를 내포하고 있다. 기대감이나 실망감 그 어디서 출발하든 변호사의 공익 활동은 지속적으로 요구되어 오고 있다. 그런 일련의 흐름이 계속되다가 정치 사회의 민주화 물결에 영향을 받아 진행된 사법제도 개혁과 사법의 민주화 분위기 속에서 변호사 공익 활동을 법률로 강제하기에 이르렀다.

2000년에 전면 개정한 새 변호사 법 2000년 1월 28일에 공포한 새 변호사법은 같은 해 7월 28일부터 시행되었다. 은 "변호사는 일정 시간 이상 공익활동에 종사하여야 한다"고 선언하였다. 그에 따라 대한변호사 협회의 규칙으로 정하는 의무 시간을 충족하지 못하면 징계위원회에 회부되어 적어도 형식적으로는 제명, 3년 이하의 정직, 3000만 원 이하의 과태료, 견책 등의 징계를 받을 수 있게 되었다. 자발적 행위로 알고 있었던 변호사의 공익 활동을 법으로 강제하는 형식은 우리 사법제도에서도 처음 경험하는 일일 뿐만 아니라, 다른 나라에서도 거의 찾아 볼 수 없는 초유의 제도다.

변호사 공익 활동의 법적 의무화 조치에 대한 법조계 내부의 반응은 찬성과 반대로 나뉘었다. 하지만 무엇보다 관심의 대상이 된 것은 변호사 공익 활동 의무의 근거였다. 법률전문직에 종사하되 개인 사업자에 불과한 변호사가 왜 공익 활동을 해야 하며, 어떻게 변호사에게 공익 활동을 요구할 수 있는가. 그에 대한 명확한 해답의 제시가 없이는 새 변호사법의 정당성을 찾기도 힘들 뿐만 아니라, 법조일원화를 비롯한 사법체계의 전반에 관한 국가 정책적 구상도 원활할 수가 없다.

변호사는 공익 활동에 시간을 할애하여야 한다는 것이 일반적인 인식이다. 그럼에도 불구하고 왜 변호사가 공익 활동을 해야 하는가라는 물음에 적절한 대답을 할 수 있는 사람은 드물다. 공익 활동의 요구를 하는 시민도, 의무를 부담하고 있는 변호사도 모두 그렇다.

최근에 있었던 실제 사례도 그런 현상의 일면을 보여 준다. 어느 일간 신문은 <대

형 로펌 변호사 '무늬만 공익 활동'>이란 제목의 기사를 게재하였다.[6] 2000년부터 시행한 대한변호사 협회의 공익 활동 의무화 조치 이후의 실태에 관한 일종의 고발 기사였다. 기사의 요지는 제목이 말하고 있듯이 법적 의무인 변호사들의 공익 활동이 유명무실해지고 있다는 주장이었다. 그 근거로 제시하는 구체적 실태는 세 가지였다. 첫째 변호사 수가 많은 로펌에서는 일부 변호사가 공익 활동을 전담하고 그 실적을 다른 변호사와 나누어 갖는다는 사실, 둘째 돈을 내는 것까지 공익 활동으로 평가한다는 사실, 셋째 공익 활동으로 인정하는 범위가 너무 넓어 국가기관의 자문 업무, 변호사회 사무, 공공기관에서의 강의 등도 포함한다는 사실을 들었다.

하지만 기사는 좋은 취지에도 불구하고 내용이 거의 오보에 가까운 것이 되고 말았다. 왜냐하면 기자가 변호사의 공익 활동을 제대로 이해하고 있지 못하였기 때문이다. 로펌에 공익 활동 전담 변호사를 두는 형태는 한편에서는 장려하고 있는 제도다. 대부분의 변호사 사무실이 로펌화하고 있을 뿐만 아니라 대형화하고 있는 추세에서, 공익 활동 전담 변호사를 두는 편이 더 효율적이고 전문성을 기대할 수 있기 때문이다.[7] 공익 활동 의무 시간을 채워 수행하지 못할 경우 일정한 돈을 내게 하는 제도는 현재 대한변호사 협회 규칙으로 정하고 있다. 공익 활동에도 비용이 필요하기 때문에 실제로 활동할 수 없는 변호사들로부터 기금 또는 과태료 형식으로 돈을 받아 공익 기금으로 사용하는 제도 역시 의미 있고 권장할 만하다. 따라서 공익 활동 대체납부금을 징벌적인 의미로만 해석하여서는 곤란하다[8]. 공익 활동의 범위 역시 변호사회 규칙으로 정하고 있는 것이므로 신문의 기사가 지적한 형식은 올바르지가 못하다. 공익이 무엇이며, 나아가 공익 활동은 무엇인지 하는 문제도 변호사 공익 활동 제도의 중요한 쟁점이다.

인용한 기사의 사례는 변호사 공익 활동이 사회적으로 요구되고 있는 공적 관심사항임에도 불구하고 그 내용이 얼마나 제대로 알려져 있지 않은가를 여실히 보여준다. 이런 현상은 모두 변호사 공익 활동 의무의 근거에 대한 명확한 이해가 선행되지 않기 때문이다. 변호사 공익 활동의 출발점은 그 근거에 있다. 근거가 무엇이냐에 따라 공익 활동의 범위, 공익 활동 요구의 정도, 공익 활동의 결과에 대한 평가기준 등이 제대로 결정될 수 있기 때문이다.

왜 변호사가 공익 활동을 해야 하느냐, 무엇이 변호사가 해야 할 공익 활동이냐라는 두 가지 물음에 대한 해답을 찾아 보는 것이 이 글의 목적이다.

---

6) 한겨레, 2008. 4. 14.자 참조..

7) 전담 변호사 제도에 관하여 자세한 내용은 「변호사 공익 활동의 활성화 방안」, 사법제도개혁추진위원회, 2005, 177쪽 이하 참조.

8) 앞의 보고서, 179면..

2. 변호사 공익 활동 의무의 근거[9]

가. 역사적 근거

최초의 변호사는 언제 존재하였는가. 정확히 알 수 없는 노릇이지만 쐐기 문자의 해독이 옳다면 적어도 기원전 1850년 경까지 거슬러 올라갈 수도 있다. 미국 펜실베이니어 대학의 교수 새뮤얼 크레이머에 의하면 메소포타미아 지역의 수메르 인들 재판 기록에 변호사가 등장하여 남편의 살인에 가담한 혐의를 받고 있는 여성을 변론하였다[10]. 그러나 사회 속에서 체계화된 제도로 인식할 수 있는 변호사 활동은 로마에서 시작한다. 고대 그리스에도 법과 재판과 변호사는 있었다. 그러나 고대 그리스인은 법문화 발달에 별다른 기여를 하지 못했다. 법학의 부재로 법률가가 양성되지 않았고, 몇 푼의 돈을 얻으려고 법정변론서를 작성해 주는 서사(書士)와 그것을 법정에서 웅변하는 변사(辯士)가 소송을 장악하여 법의 엄정성을 희극화하였을 뿐이다[11].

고대 로마에서도 초기에는 신관(神官, pontifices)이 법률전문가의 역할을 도맡았다. 신관단의 법률 업무 독점이 타파되고 일반의 법률 전문 인력이 형성되기 시작한 것은 기원전 4세기 초에 이르러서다[12]. 로마의 법률가 세계에서는 법학자와 변호사가 뚜렷이 구별되었다. 법학자는 명망가(Honoration)로 선과 사회 정의 같은 이상을 목표로 삼았고, 법률문제의 자문에 응했다. 법학자는 그때그때 의뢰인의 사적 이익에 봉사하는 수사학으로 무장한 법정 변론가(patroni, oratores)를 소피스트적 존재로 여겼다[13]. 세월이 흘러 고전기가 지나면서 법률가와 변론가의 직역이 통합되고, 오늘날 변호사 라 부르는 유형의 법률전문가가 나타나 법률가의 전형을 이루게 됐다[14].

공화정 후기 로마에선 17세 이상의 남성이면 누구나 소송대리인으로 법정에 설 수 있었다. 변호사(iurisperitus)는 형사 법정에서 보통 대여섯 시간 이상, 때로는 하루 종일 구두 변론을 했다. 소송 촉진을 위해 물시계가 등장했고, 열정적 변론을 펼치던 변호사는 한 번만 물시계를 뒤집어 달라고 간청하기도 했다[15].

로마 공화정 시대의 국가 관리는 무보수의 명예직이었다. 공무 수행의 대가로 보수를 기대하는 자체를 품위 손상으로 여겼다. 그러므로 보수가 필요 없는 유산 계

---

9) 공익 활동의 근거와 범위에 관하여 추가 자료에 따라 새로 쓴 부분을 제외하고는 보고서 「변호사 공익 활동의 활성과 방안」의 해당 부분을 그대로 옮겼다. 그 보고서의 내용은 공개된 자료가 아닌데다, 주관 부서인 사법제도개혁추진위원회가 해산되어 존재하지 않기 때문에 그 내용을 다시 살릴 필요가 있다고 판단했기 때문이다.

10) 새뮤얼 노아 크레이머, 『역사는 수메르에서 시작되었다』, 박성식 옮김, 가람기획, 93쪽.

11) 현승종・조규창, 『로마법』, 법문사, 20쪽

12) 최병조, 『로마법 강의』, 박영사, 234쪽 이하.

13) 최병조, '로마법상 법률가의 윤리' - 서울대학교 법과대학, 『법률가의 윤리와 책임』, 박영사, 82-83쪽.

14) 최병조, 앞의 글, 앞의 책, 87쪽.

15) 조규창, 『로마 형법』, 고려대학교 출판부, 311쪽.

급인 귀족들만 관직에 취임하였다. 하급 관리들은 급료를 받았지만, 고위 정무관, 원로원 의원, 행정 관리 그리고 변호사 는 보수가 없는 명예직이었다. 그러한 전통은 기원전 3세기까지 계속되다가, 카토 시대(기원전 234-149)에 이르러 조금씩 허물어지기 시작했다. 아우구스투스 황제 때 관료제를 채택했다. 그럼에도 호민관 킨키우스 알리멘투스는 기원전 204년에 변호사에 대한 보수 약정을 무효라고 규정했다. 지급한 변호사 보수는 재판으로 반환을 청구할 수 있도록 했다 [16]. 하지만 킨키우스 법은 불완전법(lex imperfacta)으로 어기기 쉬웠을 뿐만 아니라[17], 법률이 있음에도 불구하고 실제로는 변호사에게 사례를 하는 것이 관례였다. 그 뒤 여러 차례 개정을 거쳐, 클라우디우스 황제 때 변호사 보수의 상한을 정했다. 만약 상한을 초과한 수임료를 받으면 그 변호사는 독직죄로 처벌 대상이 됐다[18].

전제군주정 시절 로마의 법학자와 변론가의 기능은 변호사로 통합되었다. 변호사란 직업은 높은 사회적 성가를 누렸고, 국가 고위직으로 가는 교두보였으며, 공직은 마친 뒤에 다시 복귀할 수 있는 안식처였다. 변호사는 특권을 누렸고, 고전기부터 시행했던 변호사 보수에 관한 규제는 콘스탄티누스 시대에 거의 형해화하고 말았다[19].

로마는 긍지에 찬 법률가의 세계였다. 변호사는 원칙으로 명예직이었지만, 실제로는 상당한 사례를 받았다. 과도한 변호사 보수가 문제되어 규제가 시도되기도 했다. 변호사 보수는 항상 법률이 간여할 수밖에 없는 대상이 되었던 것 같다. 사회 정의와 인간의 도덕을 외치는 법률가도 뒤로는 사례를 챙겼다. 로마의 일반 시민은 변호사에 대한 선망과 불만을 동시에 가질 수밖에 없었다. 당시에도 변호사는 경제적으로 안정된 직업이었지만, 사료상 가난한 사람을 위해 내노라 하는 변호사가 활동한 예는 거의 전하지 않고 있다[20].

로마 변호사 의 무보수 원칙은 역사의 한 장면에 불과한 것이다. 특히 지금 보면 더욱 그러하다. 따라서 2000여 년 전 한 지역의 명예적 전통이 오늘날 변호사 공익 활동의 유력한 근거가 될 수는 없다. 하지만 자본주의의 시장 경제 체제를 전제하더라도, 변호사 란 직업의 일면적 특성을 발견하고 이해하는 데는 도움이 될 것이다. 조금이라도 법률가로서 명예를 의식한다면, 그에 상응하는 정도의 공익 활동은 조건으로 요구된다.

나. 사회적 근거

16) 조규창, 앞의 책, 217쪽.
17) 최병조, 앞의 글 - 서울대학교 법과대학, 앞의 책, 90쪽.
18) 조규창, 앞의 책, 217쪽.
19) 최병조, 앞의 글 - 서울대학교 법과대학, 앞의 책, 94-95쪽.
20) 최병조, 앞의 책, 94쪽.

사회적 사정의 현실에 따라 변호사 의 공익 활동이 요구될 수 있다. 법률가의 도움은 사회 내의 공적·사적 생활에서 필수적인 조건이 되어 있다. 반면 필요한 변호사의 도움을 이용하는 데는 비용이 든다. 그러므로 사회 전반의 경제적 상황, 즉 소득의 실태, 빈곤 계층과 빈곤율의 정도, 사회 복지 제도 실현의 수준, 소수 계층의 분포 등에 따라 법률 구조의 수요가 결정된다. 법률 구조의 수요에 대한 공급은 일차적으로 국가가 제도적으로 해결해야 하지만, 어떠한 공적 법률 구조든 그 자체에서 비롯하는 한계가 있음은 물론 모든 수요를 충족시킬 수도 없다. 나머지 부분은 변호사의 자발적 공익 활동에 의존할 수밖에 없다.

우리 사회의 빈곤층 소득 실태에 대한 조사 결과는 충분하지 않은 상태다. 전체 가수 수에서 최저생계비와 같은 빈곤선 이하 가구 수의 비율을 나타내는 빈곤율만 하더라도, 연도별 경향치를 볼 수 있는 자료는 도시 가계 조사 자료가 유일한 정도다[21]. 연도별 도시가계의 빈곤율은 다음과 같다.

연도별 도시 가계 빈곤율

연도	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
빈곤율	4.42	3.93	7.58	8.21	6.35	5.21	4.04	5.27

그러나 도시 가계 조사는 도시의 임금 근로자 가구만 대상으로 한 것이다. 전국 가구의 약 3분의 1 정도만 포괄하고 있으며, 1인 가구, 농어촌 가구는 표본에 포함되어 있지도 않다. 따라서 이런 자료만으로 전체적 경제 수준 속에서 법률 구조를 필요로 하는 인구나 가구의 비율이 어느 정도인지 가늠하기가 쉽지 않다. 그렇지만 절대적 빈곤율이나 상대적 빈곤율 모두 상승하고 있는 사실은 분명하다. 2008년에 들어서서 빈곤율은 5년 전의 두 배가 되었다.

양극화의 정도가 어느 정도 심각하느냐도 사회 전반의 경제 상황을 추측하는 데 유용한 지표가 된다. 빈부 격차를 예측하는 데 쓰이는 도구의 하나는 지니 계수다. 지니 계수는 인구 분포와 소득 분포 사이의 관계를 나타내는 수치로, 0을 완전 평등, 1은 완전 불평등한 상태를 말하므로 수치가 클수록 소득 불평등이 심하다는 의미이다. 전국 가구와 도시 근로자 가구의 연도별 지니 계수는 다음과 같다. 도시 근로자 가구의 대표도는 전국 가구의35.2% 수준이다[22].

---

21) 이현주, 「빈곤율 추계를 위한 관련 자료의 검토」, 한국보건사회연구원 자료(2005. 6. 23), 주5).

22) '2007년 연간 및 4/4분기 가계수지 동향 분석', 보도 참고 자료(2008. 2. 15.), 재정경제부 대변인, 8쪽.

연도별 지니 계수

연도	97	98	99	00	01	02
전국가구						
도시 근로자 가구	0.283	0.316	0.320	0.317	0.319	0.312

연도	03	04	05	06	07
전국가구	0.341	0.344	0.348	0.351	0.352
도시 근로자 가구	0.306	0.310	0.310	0.310	0.313

2003년부터 도시 지역의 자영업자 가구와 무직 가구, 읍면 지역의 2인 이상 비농가까지 포함한 대표도 75.6%의 전국 가구 지니 계수가 작성됐다. 2003년의 지니 계수는 0.341인데, 점점 악화되어 2007년의 지니 계수는 0.352에 달하였다. 도시 근로자 가구에 비하여 전국 가구의 소득 불평등이 더 심하다는 사실을 알 수 있다.

소득 불평등을 측정하는 지표로 지니 계수 외에 분위배율이 있다. 분위배율이란 일정한 분위의 고소득층과 저소득층의 소득 격차 비율을 말한다. 5분위배율이라 하면, 전체 표본 가구의 소득 수준을 오름차순으로 정렬한 다음 10분위로 나누었을 때 상위 20%를 차지한 가구의 소득을 하위 20% 가구의 소득으로 나눈 값을 말한다. 그러므로 5분위배율이 높을수록 소득불평등의 정도가 큰 결과를 의미한다. 표에서 읽을 수 있는 대로, 해가 갈수록 소득불평등의 정도는 더 커지고 있다 앞의 보도 참고 자료, 8쪽.. 역시 도시 근로자 가구보다 전국 가구의 소득불평등 정도가 더 크다는 사실을 쉽게 확인한다.

소득 5분위배율

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
전국 가구				7.23	7.35	7.56	7.64	7.66
도시 근로자 가구	5.32	5.36	5.18	5.22	5.41	5.43	5.38	5.44

우리나라의 2003년도 사회 복지 분야의 총 지출액은 약 24조억 원이다. 이는 2002년도에 비해 약 15%가 증가한 액수다. 하지만 OECD 국가 사이에서 GDP에 대비한 사회 복지 분야 지출 규모를 보면 초라한 수준이다. 2003년의 통계를 보면 다음과 같다[23].

GDP 대비 사회 복지 분야 지출 규모(2003년)

	한국	스웨덴	미국	일본	영국	프랑스	폴란드	덴마크	네덜란드
GDP 대비,%	7.87	31.86	16.59	18.40	20.95	29.08	22.93	27.81	21.38

저소득층의 현실을 그대로 반영하는 통계 중의 하나는 전국 도시 가스 가입 가구 중 요금 연체로 공급이 차단된 가구의 수다. 2003년(9월 말)에 6만 9677가구, 2004년(9월 말)에 9만 364가구이던 것이 2005년(6월 말)에는 9만 1202가구로 늘어났다[24]. 그 비율은 비록 1%에도 못 미치지만, 절대적 빈곤 가구가 다수 존재한다는 사실을 확인할 수 있다.

계층별로는 노인, 아동과 청소년, 장애인, 외국인 근로자의 경제 실태를 구분하여 살펴볼 필요도 있다. 그들은 우리 사회에서 소득과 인권 보장의 사각지대에 놓여 있다. 1996년 65세 이상 노인의 평균 소득은 61만 8044원에 불과하다[25]. 이를 성별로 보면 남성은 81만 6044원, 여성은 42만 7893원이다[26]. 노인만으로 이루어진 가구의 빈곤율은 31.0%로, 자녀와 노인이 함께 동거하는 가구의 빈곤율 4.6%에 비해 압도적이다[27]. 참여연대가 2002년 7월에 조사한 중고생 아르바이트 실태를 보면 연소근로

23) '사회복지 지출 추계', 보건복지가족부(국정정보통계시스템 e-나라지표 www.index.go.kr).
24) 산업자원부 자료 - 중앙일보, 2005. 11. 29.자 12쪽에서 재인용.
25) 석재은・김태완, 『노인의 소득 실태 분석과 소득 보장 체계 개선 방안 연구』, 한국보건사회연구원, 40쪽.
26) 석재은・김태완 앞의 책, 45쪽.

자의 임금 수준을 알 수 있다. 시간 당 당시 최저임금인 2100원 미만의 급여를 받은 사람이 32.4%였고, 18세 미만의 연소근로자에게 적용되는 최저임금(일반노동자의 90%)에 못 미치는 급여를 받은 사람은 11.2%였다[28]. 2004년 2월 기준으로 국민 기초생활 보장 수급자 아동은 34만 5000명이고, 빈곤 아동은 100만 이상(전체 아동 1146만 8000명 중 9.8%) 이상으로 추정된다[29]. 2004년 12월 말을 기준으로 등록된 장애인 수는 161만 2990명이다. 그 중 국가 및 지방자치단체의 고용률은 2.04%, 민간 부문(300인 이상)의 고용률은 1.08%이다[30]. 외국인 근로자들에 대한 도움을 목적으로 하는 기관들의 실태를 조사한 결과에서도 노동 문제와 인권 상담, 가정 법률 상담이 차지하는 비율이 상당히 높다[31].

우리 국민의 경제 사정을 한마디로 표현하기는 어렵지만 빈부의 격차가 커지고 있는 것은 분명하다. 빈부 격차의 가속화는 빈곤층과 저소득층의 증가를 의미한다. 따라서 정상적인 자기 비용으로 원하는 법률서비스를 받기 힘든 사람의 수는 점점 늘어 가고 있다. 이 현상적 문제의 해소에 조금이라도 기여할 수 있는 수단의 하나가 변호사의 공익 활동이다. 현실이 요구하고 있기 때문이다.

다. 이론적 근거

변호사는 직업의 하나다. 그렇다면 왜 변호사에게 공익 활동을 요구할 수 있는가. 모든 직업인에게 사회를 위한 공익 활동을 바라고 권유할 수 있다. 어떤 직업인이든 사회 공동체의 부분이고 개체이므로, 사회 공동의 이익이 개인과 무관할 수 없다. 그러나 변호사의 공익 활동을 그런 수준에서 요구하는 것은 아니다. 일반의 기준보다 높은 수준에서 변호사에게 사회적 의무를 부과하고 활발한 공익 활동을 요구하려 한다. 그렇다면 그 근거가 무엇인가를 제시할 수 있어야 한다.

변호사를 직업의 하나로만 파악하면 변호사의 법률 서비스는 대가를 받고 제공하는 하나의 상품이다. 변호사는 상인의 속성을 지니고 있다. 그래서 변호사는 서비스의 대가에 대해 부가가치세를 납부하기도 하고, 법무법인의 운영에 상법이 준용되기도 한다[32]. 보통 상법 교수들은 변호사를 상인의 개념에 포함시키지 않는다. 하지만 변호사의 업무 형태 속에 상업적 속성이 포함되어 있음을 부정할 수는 없다[33]. 특히

---

27) 석재은・김태완 앞의 책, 109쪽.
28) 『2002년 청소년 노동 백서』, 참여연대 사회인권팀, 43쪽.
29) 국무조정실 사회문화조정관실, 앞의 자료, 19쪽.
30) 국무조정실 사회문화조정관실, 앞의 자료, 21쪽.
31) 「제2차 외국인 근로자 보건, 복지 실태 및 과제에 관한 세미나」(자료집), 대한적십자사, 13쪽 이하.
32) 상법 중 합명회사에 관한 규정을 법무법인에 준용한다(변호사법 제58조 제1항).
33) 한인섭, '왜 법률가의 윤리와 책임인가' - 서울대학교 법과대학 편, 앞의 책, 29쪽.

변호사 수가 증가하고 변호사 영업의 경쟁이 국제적으로 심화되는 세계적 추세에서 상업적 성격은 더 부각될 수도 있다.

사업성을 변호사 직업의 주된 속성으로 파악하면, 변호사의 직업적 의무 역시 의뢰인의 이익에서 볼 수밖에 없다. 따라서 그러한 변호사의 직업적 속성과 사명을 극단화하면 변호사 의 공익 활동 의무는 부정된다. 변호사는 의뢰인에 의한 소송의 표출적 의의에 철저히 봉사해야 한다는 견해가 그것이다. 변호사는 의뢰인의 이익을 위하여 활동하고 소송 과정을 통해 그에 상응하는 성과를 거둠으로써, 사법 과정에서 일반 시민의 주도성을 회복할 수 있다고 한다. 변호사가 사적 이익에 봉사하고 대가를 얻는 행위를 승인 받을 수 있는 근거를 의뢰인 주권론이라고 한다[34].

그러나 변호사의 공익 활동 의무 부정설은 변호사 직업 중 사업성이나 상업성만 확대하여 부각한 것이다. 그런 직업적 속성이 분명함에도 불구하고 대부분 변호사는 다른 직업과 달리 근본적으로 윤리성과 공익성을 지닌다고 말한다. 변호사 단체는 영리 법인이나 상업 단체가 아닐 뿐만 아니라, 그렇게 되어서도 안 되는 공익 단체라고 주장한다[35]. 그런가 하면 변호사 란 직업의 성격을 일의적으로 정의하기 어렵다고 하면서, 의사나 성직자와 마찬가지로 국가 사회의 문화, 전통, 질서를 유지하고 발전시키는 공익적 직업이라고도 한다[36]. 변호사 직업의 특성으로 조직성, 전문 지식의 탐구, 공공 봉사성, 직무 독립성, 유용성을 들면서, 의뢰인의 권리를 보호하면서 법치 실현, 사회 민주화, 여론 지도 형성 등의 분명한 가치를 가진다고 설명한다. 그러나 변호사 의 직무 수행이 상업적 영리 추구나 경제적 가치를 증대시키는 방향으로 나아가서는 안 된다거나, 변호사 보수는 결코 전문적 지식, 능력, 노력의 대가적 교환으로 받는 것이 아니라는 식의 주장[37]은 현실감이 떨어지는 고색창연한 향수적 논리에 지나지 않는다.

변호사 직업의 공익성 근거는 전문 직업의 속성에서 찾는 것이 가장 일반적이다. 보통의 평범한 직업과 전문 직업의 구별 기준은 여러 가지가 있을 수 있겠으나, 일정한 제도를 통해 자격을 부여하고 그 자격자에게만 직업에 속한 업무를 행하도록 한다면 그것은 분명 전문 직업이다.

세상의 모든 직업에는 그 나름의 윤리와 책임이 있다. 어떤 직업인도 공동체의 구성원으로서 각자의 몫을 가지는 한편, 전체에 대한 의무를 부담하기 때문이다. 이러한 최소한의 직업 윤리는 일반 직업 모두에 요구되는 것이다. 그런데 전문 직업인에

---

34) 김진 - 이상희, '공익 소송의 이념적, 이론적 고찰' - 「민주사회를 위한 변론」, 민주사회를 위한 변호사모임, 2000년 9-10월호(통권 제36호), 25쪽 참조.

35) 임영화, '무료 법률 상담 문화 개선 방안' - 「시민과 변호사」, 서울지방변호사회, 2002년 2월호, 43쪽.

36) 이건호, '변호사 직무의 공익성·직업성과 변호사회의 정체성' - 「시민과 변호사」, 2005년 4월호, 24쪽.

37) 이건호, 앞의 글, 26쪽.

게는 그와는 다른 전문가로서의 윤리와 책임이 요구된다. 보다 강화된 윤리와 책임이라고 할 수 있는데, 그것은 전문 직업의 사회적 속성 때문이다. 전문 직업은 그 영역이 제한되어 있고 독립성을 가지고 있다. 그리고 일반인은 그 영역의 도움이 필요할 때 전문 직업인에게 의존할 수밖에 없다. 그 영역 바깥의 일반 시민의 입장에서는 의존할 수밖에 없을 뿐만 아니라 쉽게 접근할 수도 없다. 반면 그 전문 직업인은 사회 공동체가 보장해 주는 제도적 독점 체제의 이익을 향유한다. 따라서 전문 직업인은 비록 직업적 업무 수행으로 개인의 이익을 추구하더라도, 그 행위가 항상 어느 정도 사회 전체의 공익과 조화되는 방향이어야 한다는 것이다[38].

변호사는 법률 전문가로서 전문 직업인의 하나다. 따라서 변호사는 전문 직업인의 윤리 중에서도 법률가로서의 윤리와 책임의 주체가 된다. 법률가에게 엄격히 요구되는 법조 윤리는 일반인의 윤리적 요구와 법 윤리 사이를 매개하고 조정하면서 올바른 해답을 찾아나가는 덕목이라 할 것이다[39]. 법률가의 공익적 의무는 바로 법조 윤리에서 비롯한다. 먼저 법률가는 법 구조와 법 절차의 뼈대를 이루고 있는 '법 내재적 정의' 또는 '법 내재적 도덕'이라 일컫는 합법성과 적정 절차의 원리 같은 기초적 법 원리에 대한 충실 의무를 이행해야 한다. 하지만 그것만으로 법 윤리의 요구는 완전히 충족되지 않는다. 법은 결코 정태적이지도 않거니와, 가만히 있어서는 안 된다. 파운드의 말대로 법은 안정되어야 하지만 멈추어서는 안 되는 것이다. 그런 변화의 움직임은 슈타믈러가 지적한 대로 모든 실정법이 정당한 법이 되려는 시도에 다름 아니다. 법은 변화하는 사회와 사회의 이상에 합목적적으로 대응하고, 상충하는 사회 이익의 정의로운 조화와 형평을 도모해야 한다. 그런 요구에 부응하기 위해 법률가는 법초월적 정의, 공정 그리고 인간 존엄성의 이념 같은 근본적 법 가치를 표방해야 한다[40]. 바로 거기서 변호사의 공익적 의무에 관한 몇 가지 주장이 가능하다.

변호사는 사법 절차에서 단순한 소송대리인이 아니라, 정의를 집행하는 법원 공무원의 하나라는 주장은 전통적인 견해다. 여기서 법원 공무원이란 넓은 의미에서 사법 절차에 적극적 주체로 참여하고 법 질서 형성에 기여하는 직역을 담당하는 자로서, 변호사는 물론 검사까지 포함한다. 변호사의 이러한 공무원적 성격은 영미법의 당사자주의 소송 구조를 전제로 하면 이해가 쉽다. 소송 절차에서 당사자주의란 그것을 더 강화하고 철저히 할수록 당사자 의존도가 높아진다. 쌍방 소송대리인 또는 검사나 변호인이 진실 확정을 위한 주체가 되는 것이다. 따라서 어느 한쪽이라도 전문 법률가인 변호사가 없으면 그 소송 절차 전체의 면에서는 진실을 보다 객관적으로 확정하는 데 장애가 된다. 따라서 필요함에도 불구하고 결여된 곳에는 반드시 변

38) 한인섭, 앞의 글, 앞의 책, 5쪽.
39) 심헌섭, '법조 윤리의 좌표' - 서울대학교 법과대학 편, 앞의 책, 110쪽.
40) 심헌섭, 앞의 글, 앞의 책, 38-39쪽.

호사의 도움이 가능하도록 해야 하는 것이다. 그 의무는 국가나 지방자치단체 또는 변호사 자신에게 고루 돌아간다.

법률가라는 면에서 변호사는 판사나 검사와 같은 기능을 맡고 있다. 판사나 검사로 재직할 때에만 법률 공무원이고, 공무원의 직을 벗어나 변호사 개업을 하는 순간부터 장사꾼이나 사업가가 되는 것은 아니다[41]. 법을 통한 정의 실현이나 법치주의의 완성의 과정에서 동일한 방향의 기능을 한다는 면에서는 마찬가지다. 그래서 변호사 를 법적 공무원 미국에서 'the official of the law'라고 표현한다. 또는 사법의 독립적 기관[42]이라고 부르기도 하는 것이다.

법률가는 전문 직업인으로 법정 안팎에서 법률 사무를 독점하고 있다. 제도적으로 그 독점을 보장 받고 있다. 변호사도 예외는 아니다. 따라서 사회 공동체가 제도적으로 보장해 주는 그 독점 체제의 이익을 향유하는 만큼, 그 대가로 일정한 정도의 사회적 책무를 부담해야 한다. 그것이 또 하나의 공익 의무의 근거가 될 수 있다. 변호사의 독점적 체제는 그 수가 대량으로 증가한다 하더라도 결코 소멸하는 것은 아니다. 현실적 이익 향유의 정도가 달라질 수는 있어도, 자격에 의한 제도적 보장은 엄연히 존재한다. 변호사의 자격이 완전히 없어지고 누구든 법률 업무를 수행할 수 있게 되지 않는 한 그 지위의 속성에서 연유하는 공익성은 상실하지 않는다 법조 직역의 특권적 지위를 없애려고 시도한 역사적 예가 프랑스 혁명 당시의 법전 제정 작업이었다. 당시 목표는 법률 전문가의 해석이나 다른 도움 없이 누구나 읽고 이해하고 사용할 수 있는 성경처럼 쉬운 법전을 만드는 것이었으나, 결국 실패하고 말았다.

법조 윤리에서 변호사 공익 의무의 근거를 발견할 수 있다. 법조 윤리는 법의 합리성을 포함하는 법의 속성 자체에 근거한다. 법이 지향하는 이상이나 목표는 법을 운영하는 법률가의 정의감, 도덕, 윤리 의식을 전제하지 않고서는 실현될 수 없다는 의미에서 그렇다. 법 또는 법치주의는 반드시 법조 윤리를 필요로 한다. 쉽게 표현하면, 선하지 아니한 법치주의도 법치주의일 수 있느냐란 문제를 떠올려 보면 된다. 법을 운영하는 전문인들의 도덕감이나 윤리 의식이 전제되지 않으면, 법이나 법 제도는 자의적으로 행사될 수밖에 없다. 그때의 법은 억압과 착취의 장치로 전락하고 만다. 그것이 법의 속성의 하나다. 그러므로 오직 법 운영자의 운영 방식에 따라 정의나 형평이나 합리성을 획득할 수 있다. 변호사도 그러한 법조 윤리를 전제하지 않고 업무를 수행할 경우, 변호사란 직업은 한낱 돈벌이의 수단에 지나지 않게 된다[43].

법치주의라는 국가의 헌법 원리에서도 변호사의 공익 의무를 도출할 수 있다. 거의 모든 국가의 헌법은 민주주의를 기초로 하고 있고, 법치주의는 그 민주주의 원리

41) 최대권, '새 시대의 법조 윤리' - 서울대학교 법과대학 편, 앞의 책, 106쪽.
42) 독일 연방변호사법 제1조에서 변호사를 'ein unäbhangiges Organ des Rechtspflege'라고 한다.
43) 최대권, 앞의 글, 앞의 책, 102쪽.

의 하나다. 그리고 현대의 복잡하고 다양한 생활 체계는 훨씬 다층적이고 다원적인 법 조직을 필요로 한다. 다시 말하면, 현대 국가 사회에서 법과 법체계는 단순한 제도가 아니라 국민 생활의 필수 조건이다. 법률을 모르고서는, 법을 무시하고서는 생활은 불가능하다. 그런데 그 법을 이용하는 데는 법률 전문가의 도움이 필요하고, 법률 전문가의 도움을 얻는 데는 비용이 든다. 따라서 국가 제도 자체를 법 없이 생존하는 것을 불가능하게 만들어 두고, 경제적 빈곤 때문에 법적 도움을 얻을 수 없는 사람을 방치한다는 것은 그 자체로 모순이다[44]. 그러므로 경제적 빈곤을 이유로 법률적 도움을 받지 못하는 사람을 부조할 의무가 발생한다. 그 일차적 부담은 국가가 져야 할 것이나, 일부는 법률가가 직접 질 수밖에 없다.

한 사회에 필요한 법률 서비스의 전체량은 그 사회에 속한 전체 법률가가 감당할 수밖에 없다. 그것은 법률가의 의무다[45]. 그런데 어떤 경우에도 적정한 가격에 법률 서비스를 구매할 수 없는 계층이 있게 마련이다. 법치주의란 문제를 해결하는 데 법적 해결 방법이 다른 방법보다 낫도록 하는 것인지도 모른다. 따라서 법 제도는 무엇보다 국민 모두가 국민 모두가 차별 없이 이용할 수 있어야 한다. 차별 없는 법의 이용은 사회적 약자에게는 절실한 문제다. 그런 측면에 대한 부조의 노력이 없다면 법이나 법 제도는 지배 계급의 도구나 강자의 무기로 전락할 수밖에 없다[46].

변호사의 공익 활동은 변호사 자신의 이익을 위해서 필요하다는 견해도 있다. 변호사의 공익 활동은 변호사 개인 또는 법인 형태의 변호사 사무실의 이미지를 제고하는 데 기여하고, 그 좋은 이미지의 결과가 영업에 유리하게 작용한다는 것이다. 이 주장은 변호사 공익 의무의 근거라기보다는, 변호사로 하여금 공익 활동을 하도록 유도하는 수단이라고 할 수 있다. 변호사가 개인적 사욕만 추구하고 사회적 약자나 공통의 이익을 외면하면 국민적 신뢰를 얻을 수 없음은 당연하다. 특히 복잡하고 다층적인 법 제도 아래서 변호사가 이익을 얻으면 얻을수록 그 반대 급부는 일반 시민의 불신이 될 수밖에 없다. 이런 관계를 변호사에게 일깨워 줌으로써, 간접적으로 공익 활동을 의무로 인식하게 하는 적절한 수단이라는 것이다.

법률 구조와 같은 공익적 제도도 법 접근에 필요한 민주적 요청 때문에 생긴 것이긴 하지만, 변호사 제도의 현상 유지적인 자기보전책의 일환이기도 하다는 의견이 있다. 그러한 형식의 윤리적 존재 이유를 확실하게 확인 받을 수 있는 최소한의 장치라고 할 수 있다[47].

현실의 규범이 규정하고 있는 변호사의 공익 의무는 그 자체가 실정법적 근거이긴 하지만, 모두 위에서 살펴본 이론적 근거에서 비롯하는 것이다. 변호사법은 변호사

44) 차병직, 『NGO와 법』, 이화여자대학교 출판부, 180쪽.
45) 한인섭, 앞의 글, 앞의 책, 29쪽.
46) 한인섭, 앞의 글, 앞의 책, 23쪽.
47) 최대권, 앞의 글, 앞의 책, 110쪽.

란 직업의 공공성과 독립성을 직접 규정하고 있다(변호사법 제2조). 기본적 인권 옹호와 사회 정의 실현을 변호사의 사명으로 부과하고 있으며, 사회 질서 유지와 법률 제도의 개선에 노력할 것을 명하고 있다(법 제1조). 국가나 지방자치단체 등 공공 기관이 위촉한 행위도 변호사 직무에 포함시켰다(법 제3조). 그것도 모자라 구체적인 공익 활동의 의무를 직접 부과하였다(법 제27조). 변호사법을 토대로 한 변호사 윤리 장전이나 변호사회 규칙도 마찬가지다.

변호사는 법률 전문직의 고결성과 기능을 유지하는 데 조력해야 한다. A lawyer should assist in maintaining the integrity and competence of legal proffession[48]는 말은 어떤 직업에나 해당되는 덕목이면서도, 변호사에게는 특별한 의미를 지니고 있다. 그 역사적, 사회적 그리고 이론적 근거에 바탕한 의미는 쉽게 부인될 수 없을 것이다.

3. 공익 활동의 범위

가. 공익의 개념

공익은 사익에 대응하는 개념으로 공과 사의 구분에서 시작한다고 볼 수 있다. 공익은 애당초 사회과학 또는 국가학의 영역이었는데, 거기서 형성된 개념을 기반으로 훨씬 실제적인 도구로 만든 것은 법학이다[49]. 그러나 법학에서 정의하는 공익의 개념은 그리 명확한 것은 아니다. 간혹 공익을 보호하는 법은 공법이고 사익을 보호하는 법이 사법이라는 단순한 설명 [50]도 있지만, 명쾌하다는 장점 외엔 아무 의미도 없다. 오히려 실제와 거리가 멀 뿐만 아니라 근거가 빈약한 도식적 진술에 지나지 않는다. 공법과 사법의 구분과 마찬가지로 공익과 사익의 구분이 간단하지 않기 때문이다. 공법과 사법의 구분은 현실적 소송 제도상의 필요 때문에 생겼지만, 거기에 맞추어 공법이 보호하는 것이 공익이고 사법이 보호하는 것이 사익이라는 사고 방식은 큰 오해다. 개인의 이익과 공익은 서로 분리할 수 없을 정도로 결합되어 있는 것이 보통이기 때문이다[51].

변호사의 활동 대상의 하나로 파악할 때 공익법 영역이란, 법학의 공익 개념과 전혀 무관할 수는 없지만 그와 일치하는 것이 아니다. 공익법 운동에서 말하는 공익의 개념은 관념적이기보다 실제적이기 때문이다. 그래서 기준이 더 모호하고, 목적에 따

48) (1978년 제정한 미국의 Model Code of Proffessional Responsibility, Canon 1).
49) 최송화, 『공익론』, 서울대학교 출판부, 3쪽.
50) 예를 들면 권재열 외 8, 『법학개론』, 93쪽.
51) 최송화, 앞의 책, 48쪽.

라 개별적이며 다양한 불확정의 개념일 수 있다. 그럼에도 불구하고 어떤 것을 변호사의 공익 활동으로 평가할 것이냐의 기준은 필요하다. 그러한 현실적 실익 때문에 공익 활동 같은 공익법 운동에서 말하는 공익 개념의 정리와 대강의 기준 설정의 시도를 포기할 수는 없다.

독일에서 발전한 공익 개념을 간추려 보면 세 단계로 나누어 이해하는 방법이 간명하다. 첫째, 공익이란 누구의 이익을 말하는가. 군주가 지배하던 권위주의 시대에서는 국가의 이익을 공익으로 간주했다. 그것이 시민적 자유주의 시대로 접어들면서 공중의 이익 또는 다수의 이익으로 변모하였다[52]. 둘째, 공익은 누가 결정하는가. 공익의 형성은 먼저 입법자가 수행하고, 여지가 남겨져 있을 경우 행정권이 그 해석과 적용 과정에서 해결하며, 다툼이 생길 때 사법부가 판단한다[53]. 셋째, 공익은 어떻게 결정할 것인가. 입법, 행정, 사법에 모두 해당하는 핵심 요소는 이익형량이다. 다양한 사익이 복잡하게 얽히는 현대 사회에서 그러한 이익 충돌과 갈등을 어떻게 조정하느냐가 핵심 과제이기 때문이다[54].

영미법계에서 공익을 대하는 태도는 독일과 판이하게 다르다. 공익을 추상적 개념으로 다루는 것이 아니라 사법적 수단을 통한 사회 정의의 실현을 위한 제도와 관행의 연구와 모색이란 차원에서 구체적 사회 문제로 접근했다[55]. 그래서 공익론은 바로 공익법 운동이란 형태의 사회 운동으로 나타난 것이다. 영미법에서 말하는 공익은 공동의 이익이라기보다는 개인이 사회 구성원으로서 가지는 이익으로[56], 그것이 박탈될 때 다른 사회 구성원이 회복하도록 도와 줄 의무를 가지는 이익이라 할 수 있다[57]. 독일의 공익론에 비하여 윤리적이고 철학적인 성격이 강하고, 사회 정의론과 밀접한 관련을 가진다.

나. 공익 활동의 의미

독일의 개념 법학적 공익의 의미는 여전히 영향력 있는 도구로 존재한다. 종래 행정법의 일반 원칙으로는 평등 원칙, 비례 원칙, 신뢰보호 원칙 그리고 부당결부금지 원칙의 네 가지가 있었는데, 여기에 공익과 사익의 형량이란 원칙이 덧붙여졌다. 이

52) 최송화, 앞의 책, 305쪽.
53) 최송화, 앞의 책, 308쪽.
54) 최송화, 앞의 책, 310쪽.
55) 최송화, 앞의 책, 317쪽.
56) John Bell, 'Public Interest : Policy or Principle?', in : Law and the Public Interest(ARSP Beiheft 55), 1993, p.30. 최송화, 앞의 책, 318쪽에서 재인용.
57) A.J.M. Milne, 'The Public Interest, Political Controversy, and the Judge', in : Ibid. p.41. 최송화, 앞의 책, 318쪽에서 재인용.

러한 원칙은 학설과 판례에서 조리의 하나로 파악하는 것이 보통이었으나, 지금은 헌법 원리로 이해하고 있다[58]. 그리고 그 원칙은 우리 법원의 판례에서도 그대로 사용한다. 행정청이 이미 표명한 공적인 견해에 반하는 행정처분을 함으로써 달성하려는 이익이 공익이라면, 사익은 행정청의 공적 견해 표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 침해 당하는 이익을 말한다[59]. 그래서 그 두 개의 이익이 충돌하는 경우 형량해서 결론을 내린다는 것이다.

그러나 우리 공법학계에서도 이런 정형적인 공익 개념이 변화하기 시작했다. 공익의 의미는 의회의 입법, 행정의 집행, 법원의 재판을 통해 실체적으로 확정될 수 있는 것인가. 실은 현대 산업 사회의 복잡화와 가치다원주의로 인하여 공익이란 실체적으로 확정할 수 있는 것이 아니다. 오히려 절차를 통해 서로 대립하는 다양한 이익들을 형량하고 조정함으로써 정립해 나아가는 개념으로 이해한다[60]. 다시 말하면, 공익을 판단한다는 것은 구체적 상황에서 충돌할 수 있는 다양한 차원과 범위를 가진 수많은 공공성을 띤 이익들 사이에서 보다 보편적이고 합리적인 사회적 의미를 구하는 과정이라는 의미다[61]. 공익에 대한 이러한 이해 방식은 영미법의 개념과 서로 접근하는 경향을 보여 준다. 공익 활동의 기준을 정하는 데 효과적일 것 같다는 느낌이 든다.

미국에서 시작한 공익법 운동은 사법제도의 불완전성을 개선하려는 노력의 하나로 전개됐다. 인종 차별 철폐 운동, 소비자 운동, 환경 보호 운동 등이 그 구체적 양상이다. 미국 공익법 운동은 몇 가지 특징으로 요약할 수 있다. 첫째, 자발적으로 수행된다는 것이다. 정부나 공공 단체의 주도로 이루어지는 운동은 공익법 운동에서 제외된다. 둘째, 주로 사법적 형식을 동원하여 전개한다. 셋째, 외부 효과를 가진다. 외부 효과란 경제학적 개념으로, 어떤 행위의 결과가 행위자 이외의 사람에 대하여 의도하지 아니한 영향을 미치는 것을 말한다[62]. 파급 효과라고 할 수 있겠는데, 이러한 외부 효과는 공익 소송의 징표가 된다.

미국의 공익법 운동은 공익 활동을 담당하는 법률 회사 또는 변호사 들에 의해 주도되었다. 변호사 들은 전통적인 당사자주의 소송 구조 아래서 자신이 맡은 구체적 사건을 통해 공익을 달성할 수 있다고 믿었다. 정의나 공익에 대하여 따로 고민할 필요 없이, 단지 자신의 직업 윤리에 충실하다 보면 사회적 문제도 자연히 해결되는 것으로 생각했다. 하지만 20세기에 들어서면서 그 방식만으로 해결되지 않는 개인의

58) 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 148쪽.
59) 대법원, 1998. 11. 13. 선고 98두7343 판결 참조.
60) 박정훈, 앞의 책, 247쪽.
61) 최송화, 앞의 책, 312쪽.
62) Joel F. Handler, Besty Ginsburg and Arthur Snow, 'The Public Interest Low Industry', in : A. Weisbrod / Joel F. Hand.

영역이 많이 드러나기 시작했다. 그리하여 비로소 크고 작은 여러 단체에 의해 비조직적 형태의 운동이 나타났다[63].

어떤 과정을 거치든 제도적으로는 마지막에 법원이 공익의 의미를 결정하는 것처럼 보인다. 하지만 같은 법원의 결정이라 하더라도 독일과 영미는 근본적으로 다른 점을 지니고 있다. 독일에서 법원이 공익의 의미를 구체화한다는 것은, 법관의 법 해석과 이익 형량에 의한 결론을 말한다. 국가가 주도적으로 공익의 내용을 결정한다. 그러나 영미의 경우는 다르다. 당사자주의 소송 구조 속에서 공격과 방어 방법을 통해 공익을 대변하는 당사자의 권익을 인정 받고, 그 판결의 내용이 그때까지 법의 해석과 현저히 다를 경우 그것을 계기로 제도 개혁으로까지 나아가는 것이다[64]. 공익의 내용을 당사자를 대리한 변호사 가 형성해 내는 것처럼 보인다. 그것을 공익법 운동이라고 부른다.

그럼에도 불구하고 공익 개념에 대한 독일과 영미의 중요한 유사점이 존재한다. 공익 개념이 사회적으로 부각하게 된 시기적 특수성이 그것이다. 모두 1960년대 말에서 1970년대 초에 이르는 후기 산업 발전 시대와 일치한다. 당시 독점자본주의에 의한 개인이나 기업의 이윤 추구 행위가 주도하는 사적 시장 경제 안에서는 스스로 해결할 수 없는 사회적 문제들이 발생하였다. 해결책으로 국가 개입의 필요성이 주장되고, 다른 한편으로 공익법 운동 등이 대안으로 또는 보완책으로 대두된 것이다. 결국 독일이나 영미의 공익 개념 또는 공익법 운동이란 것은, 전개된 형식만 달랐을 뿐이지 모두 사회 경제의 발전에 따라 필연적으로 나타나고 강조된 현상이다[65]. 공익 개념이나 공익법 운동을 사회적 수요에 따라 부각하고 현실화한 것이다.

다. 공익 활동의 판단 기준

이제 우리의 현실 문제로 돌아와 본다. 변호사의 공익 활동이 필요하다면 무엇을 공익 활동이라고 말할 것이며, 그것을 누가 결정할 것인가. 여기서 말하는 공익 활동은 '변호사의' 공익 활동이며, '우리 사회에서' 변호사의 공익 활동이다. 공익 활동의 판단 기준을 공익 활동의 의무자이자주체인 변호사 각자에게 맡겨 둘 수도 있지만, 그럴 경우 사회에서 필요로 하는 실제 수요를 효율적으로 충족시킬 수 없다. 따라서 어떤 형식이건 사회적 필요성과 수요를 바탕으로 일정한 기준을 마련할 수밖에 없다.

공익의 개념은 시간이 흐를수록 연구실의 울타리를 벗어나 보다 현실에 가까워지

63) 최송화, 앞의 책, 326쪽.
64) 최송화, 앞의 책, 338-339쪽.
65) 최송화, 앞의 책, 339쪽.

려 하고 있음은 사실이다. 그래도 공익의 개념을 정의하다 보면 여전히 관념성과 추상성의 그림자를 떨쳐 버리지 못한다. 그 개념의 틀을 이용하여 현실의 공익 활동과 관련한 공익의 개념을 정하는 의견을 대체로 서너 가지로 정리할 수 있겠다.

첫째는 다수이익설이다. 그 사회 구성원 다수에게 이익이 되는 것을 공익이라 하는 견해다. 다수결을 중요시하는대의 민주제와 관련이 있다. 이런 주장은 간명하다는 장점 외에는 설득력이 없다. 소수의 보호를 외면한 다수의 이익은 그 자체로 정당성이 결여되어 있을 뿐 아니라, 현대 사회에서는 소수의 이익이 공익에 도움이 되는 경우가 많다.

둘째는 절대가치설 또는 자연법설이다. 인류의 보편적 가치나 자연법적 원칙을 공익의 기준으로 삼는다. 헌법에 나열된 각종 기본권이 구체적 예의 하나가 되겠다. 따라서 그 가치를 쟁취하기 위해서는 투쟁적 방법을 사용한다. 하지만 이 견해는 근본적인 면에서 일면 타당성을 가지나, 현대 사회에 적합하지 못하다. 가치와 이익에 대한 다양성이나 창발성을 고려하지 않고 있다. 숨겨진 가치나 이익이 현대 사회에서는 오히려 전체 이익에 도움이 되는 방향으로 작용할 수 있다는 점에 눈을 감고 있다.

그래서 세 번째는 이미 알고 있는 주장이다. 한 사회 내의 여러 집단들의 다양한 이해 관계가 조화롭게 균형을 이룬 상태를 공익이라 하는 것이다. 이를 균형협약설이라 부르기도 한다[66].

그런가 하면 확산이익설도 있다. 공익이란 사회 구성원 개인에게 흩어져 있는 이익이라는 것이다. 권리의 주체 입장에서 보면 아주 작은 이익이지만 사회 전체의 입장에서 보면 큰 이익이 되는 것이 공익이라고 한다. 그런 이익은 흩어져 있기 때문에 사회적으로 소외될 수밖에 없다. 제도를 통한 구제를 받으려 해도 비용이 이익보다 커서 적절한 보호를 받을 수 없는 경우가 많다. 사회 내에서 제대로 법적 보호를 받지 못하는 이익을 말하기도 한다[67].

결국 현실에서 공익이 무엇이냐라는 것은 사회적 합의에 의한 방식에 다라 결정할 수밖에 없다. 최종 판단을 누구에게 맡기느냐 하는 문제도 마찬가지다.

공익의 판단 기준과 관련하여 실제로 문제되는 것 중의 하나는 개별적 기준과 일반적 기준의 차이다. 공익이나 공익 활동 판단에 일의적이고 객관적인 기준이 없으므로, 또한 일반적으로 제시된 기준이 있다하더라도 강제력이 없으므로 활동의 주체가 주관적인 기준을 정할 수 있다. 이러한 개별적 기준은 나름대로 장점도 지니고 있고 필요하기도 하다. 왜냐하면 다양하고 창의적인 공익 활동 영역의 개척에 유리

66) 강영진, '공익과 사익' - 「월간 참여사회」, 참여연대, 2002년 4월호, 78쪽 참조.

67) Nan Aron, 'Liberty and Justice for All' : in 『Public Interest Law in the 1980s and Beyond』, Westview Press, p.3. 참여연대 공익법센터, 『변호사 공익 활동 프로그램』, 3쪽에서 재인용.

하기 때문이다. 그러나 개별적 기준의 총화를 일반적 기준으로 삼을 수는 없는 노릇이다. 결국 결론은 이렇다. 일반적 기준은 합리적 절차에 따른 사회적 합의를 바탕으로 정하고, 개별적 기준은 그 일반적 기준을 최소한의 요건으로 포함하는 것이어야 한다.

변호사 의 활동을 대상으로 공익성 여부를 판단할 때에는 몇 가지 특징적 고려 요소가 있다. 첫 번째는 법률 서비스가 무상이냐의 여부다. 무상성은 공익성 판단의 첫 번째 표지다. 무상은 공익적이고 유상은 그렇지 않다. 여기서 필요한 비용을 받는 것은 무상성을 해치지 않는다. 완전 무료는 아니더라도, 보수의 일부를 받는 경우가 문제다. 보통 적정한 보수보다 현격히 저렴한 액수의 보수라면 공익성을 인정할 수 있다. 하지만 그 기준은 애매모호하다. 적정한 보수에 대한 객관적 기준이 없으며, 저렴한 정도를 어느 수준으로 정할지 알 수 없기 때문이다. 이는 합의한 결정 방법에 맡길 수밖에 없다. 또한 무상이란 보수를 받지 않는 것은 물론, 처음부터 보수를 받는 것을 기대하지 않을 것을 말한다. 보수를 기대하였다가 결과적으로 보수를 받지 못하게 된 경우는 여기서 제외된다.

두 번째는 무상으로 또는 상당히 저렴한 보수를 대가로 제공하는 서비스가 법률적인 내용이어야 한다. 보통 좁은 의미의 변호사 공익 활동에 법률적 서비스가 아닌 순수한 봉사 활동은 포함되지 않는다. 그러나 이 요건은 절대적인 것이 아니다. 필요에 따라서는 비법률적 서비스도 변호사 의 실질적인 공익 활동으로 포함시킬 수 있다. 사정에 따른 정책 결정의 문제라고 해도 좋다. 그 밖에 법률 서비스를 제공 받는 사람의 빈곤성, 내용의 공익성 등이 거론된다.

변호사 의 공익 활동으로 삼는 영역은 그 내용에 따라 크게 세 가지 형태로 나눌 수 있다. 첫째는 프로보노(pro bono)다. 프로보노의 본질은 경제적 약자에 대한 원조이므로 전형적인 공익 활동 형태로 꼽힌다. 하지만 보통 프로보노 자체만으로는 사회적 의미를 가지지 못한다고 믿는다. 특히 구조적인 개선과 개혁을 위해서는 외부효과 또는 확산 효과를 노리는 기획적 전략이 필요하다. 거기서 나온 것이 사회 운동의 하나로서 공익 소송이다. 그리고 전통적 관행에 의한 개별적 프로보노가 일반화되지 않은 우리나라나 일본에서는 기관에서 정한 공익 활동 영역이 의미를 갖기도 한다. 예를 들면 변호사 협회에서 공익 활동으로 간주하는 활동이 그것이다.

프로보노 자체의 공익성을 부인하는 견해는 없다. 그런데 프로보노에도 여러가지 판단 문제가 내포되어 있다. 앞에서 언급한 내용을 포함하여, 프로보노의 공익성을 판단하는 데 고려해야 할 쟁점들을 열거하면 다음과 같다.

(1) 법률 서비스 제공이 무상인가.
(2) 보수가 아닌 필요한 비용을 받을 수 있는가.

(3) 비용을 빌려 주었다가 승소한 뒤 비용을 회수하면 어떤가.

(4) 보수의 일부를 받은 경우, 상당히 저렴한 보수를 받은 경우는 어떤가.

(5) 보수를 기대하였으나 결과적으로 보수를 전혀 받지 못하였거나, 일부를 받지 못한 경우는 어떤가.

(6) 경제적으로 자력이 충분한 사람에게 무료 또는 저렴한 보수로 법률 서비스를 제공하면 어떤가.

(7) 상대방의 자력 정도를 판단할 수 없는 상태에서 인터넷을 통해 무료 법률 상담을 하는 경우는 어떤가.

(8) 자기 사무실에서 찾아온 고객에게 무료로 법률 상담을 하는 경우는 어떤가.

(9) 일부 또는 전부의 보수를 당사자가 아닌 제3자, 특히 공익재단으로부터 받은 경우는 어떤가.

(10) 지급 받은 보수를 공익 목적에 사용하는 경우와 그렇지 않은 경우는 어떻게 다른가.

이상의 문제들을 하나씩 따져 여기서 결론을 제시할 필요는 없다. 합의한 방식에 따라 프로보노 형태의 공익 활동을 결정할 때 참고하여 그 범위를 형성하면 될 것이다.

프로보노가 상대적으로 대인적 공익 활동이라면, 공익 소송은 대사회적 프로그램이다. 공익 소송에 대한 나름대로의 정의도 많다. 목적 의식을 가진 공익법 운동 단체 또는 공익 변호사 가 그때까지 법적 구제를 받지 못하고 있던 확산 이익에 대하여 새로운 법원 판례를 이끌어내기 위해 제기하는 소송을 공익 소송이라고 한다[68]. 따라서 공익 소송은 그 판결이 반복되면서 정책 형성 기능, 제도 개선, 기타 사회 문제의 해결이란 파급 효과를 가져온다는 것이다[69]. 공익법이란 소외 집단이 사회 속에서 생기는 차별적이고 불평등한 기회와 권리에서 비롯하는 사회적, 경제적 문제의 해결을 법을 통해 하려는 투쟁의 일부라는 표현도 있다 [70]. 그래서 사회 운동으로 전개되지 못하는 공익 소송은 변호사 들의 자기만족적 행위에 지나지 않는다고까지 주장한다[71]. 사회의 모순을 해결하고 제도의 개선이나 개혁으로 나아가야 한다는 의

---

68) 황승흠, '우리나라 공익 소송의 현황과 과제' - 「민주 사회를 위한 변론」, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1999년 1월호(통권 제26호), 33쪽.

69) 김진-이상희, 앞의 글, 앞의책, 19쪽.

70) Rajeev Dhavan, 'Who Law? Whose Interest?' in : 「Public Interest Law」, edited by Jeremy Cooper and Rajeev Dhavan(Oxford : Basil Blackwell, 1986), p.21. 황승흠, 앞의 글, 앞의 책, 31쪽에서 재인용.

71) 김인회, '담배 소송이 민변의 공익 소송인가?' - 「민주 사회를 위한 변론」, 2000년 11-12호(통권 제37호), 15쪽.

미다.

공익 소송의 개념을 규정으로 정의하는 사례도 많다. 민주사회를 위한 변호사 모임의 공익소송위원회 운영 규정은, '다중의 확산 이익이 있는 소송으로서, 소송을 통해서 약자 및 소수자의 권익 보호, 시민권의 신장, 국가 권력으로부터 침해된 시민의 권리 규제 등을 통해 불합리한 사회 제도를 개선하고, 잘못된 법을 개정하며, 국가 권력의 남용을 방지하여 민주 사회의 발전과 정의로운 사회를 만드는 데 도움이 되는 사건으로, 위원회가 소송을 수행하기로 결정한 사건의 소송'을 공익 소송이라 한다. 인천 공익 소송 지원 변호사 모임에서 규정하는 공익 소송이란 '여러 시민들에게 혜택을 주고 사회 제도와 법에 대한 의식, 법률 문화를 발전시키고 인권을 신장하는 데 큰 영향을 끼치거나 끼칠 수 있는 소송'이라고 한다. 그런가 하면 일본에서는 '의뢰인의 빈곤 여부를 떠나 비용 면에서 부담이 되고, 변호사 쪽에서 보면 채산이 맞지 않고, 그럼에도 불구하고 의뢰인 당사자 권리 옹호에만 그치지 않고 다수 시민의 공통된 권리를 수호한다는 사회적 의미를 가지는 사건'을 공익 소송으로 부르기도 한다 [72].

이런 다양한 주장과 표현 아래서 실제 법정을 거친 대표적 공익 소송으로 거론되는 것은 망원동 수재 사건(1984), 백화점 사기 세일 사건(1992), 소액 주주 소송(1997) 등이다. 판공비 정보 공개 소송, 지하철 연착으로 인한 손해배상 소송, 김포 공한 소음 피해 사건, 제주 송악산 개발 공사 사건, 새만금 소송 그리고 수많은 인권 변론 등도 모두 이 범주에 포함시킨다.

프로보노와 공익 소송은 변호사 개인이나 단체가 자발적으로 할 수 있는 영역이다. 그러나 그 자발적 활동으로 해결하지 못하는 공적 영역이 있다. 그런 부분은 변호사 단체나 국가 기관이 나서서 주선하기도 한다. 변호사 단체가 제시하는 공익 활동의 영역은 보다 가시적으로 제도적인 특성을 지니고 있어, 순수한 공익 활동의 영역과는 거리가 있을 수도 있다.

일본 제2도쿄변호사회에서 규정하는 공익 활동은 1) 변호사회의 각 위원회 활동, 2) 변호사회에서 지정하는 법률 상담, 3) 국선 변론, 4) 당번 변호사 활동, 5) 법률 구조 사건, 6) 변호사회에서 설치한 중재 센터 등에서의 활동, 7) 법령에 의해 관공서가 위탁한 업무, 8) 기타 변호사회가 위탁한 업무 등이다.

대한변호사협회에서 정하고 있는 공익 활동 역시 비슷하다[73]. 1) 각 단체에 무료 또는 상당히 저렴한 비용으로 법률 서비스를 제공하는 일, 2) 공익적 단체의 임원 또는 상근자로서의 활동 중 변호사회가 인정하는 활동, 3) 변호사회의 임원 또는 위원

72) 穂積忠夫, '公益的事件と弁護士生活' - ジュリスト(611호), 49쪽. 김진-이상희, 앞의 글, 앞의 책, 24쪽에서 재인용.

73) 대한변호사협회에서 제정하여 2000년 7월 29일부터 시행한 공익 활동 등에 관한 규정 제2조의 내용이다.

으로서의 활동, 4) 변호사회가 지정하는 법률 상담, 5) 변호사회가 지정하는 공익 활동 프로그램 수행, 6) 국선 변론, 7) 법령에 의해 관공서로부터 위촉 받은 업무(상당한 보수를 받는 경우 제외), 8) 개인에 대한 무료 법률 서비스 중 공익적 성격을 가진 것으로 변호사 회가 인정하는 활동 등이다. 제2도쿄변호사 회의 규정과 비교하면 NGO 활동 등을 포함시켜 훨씬 다양한 면모를 갖추고 있다.

4. 결 론

변호사가 공익 활동을 의무적으로 수행해야 하는 이유를 대략 세 가지로 나누어 검토해 보았다. 역사적 배경은 근거로서 큰 설득력이 없을지 모르지만, 법률가들로 하여금 전통이 부여하는 자긍심을 가지게 할 것이다. 사회적 배경은 그 자체가 곧 의무의 근거가 되면서 동시에 필요성이 된다. 소득 수준의 양극화는 시급히 해소해야 할 안타까운 현상이지만, 현실의 요구가 법률가들에게 자발적 소명 의식을 불러일으킬 수 있으리라 기대한다. 역사와 현실을 바탕으로 변호사 공익 활동의 의무성은 얼마든지 이론적 근거를 마련할 수 있다. 특히 강한 직업윤리에서 공익 활동 의무의 근거를 논리적으로 추론할 수 있다는 것은 법률가로서는 자랑스럽고 다행스럽게 생각해야 할 것이다.

공익 활동 의무의 근거를 확인하면, 그로부터 공익 활동의 내용을 확정할 수 있다. 하지만 공익의 개념이나 공익 활동의 범위를 따지는 데 지나치게 힘을 쏟을 이유는 전혀 없다. 공익 활동은 이론적이고 논리적인 개념화보다 실천이 앞서야 하는 현실적 과제이기 때문이다. 단, 법무법인과 같은 변호사 사무실 단위로 공익 활동 실천 계획을 세울 때 전형적 공익 활동과 창조적 공익 활동을 고루 분배할 필요가 있다는 점을 강조하고 싶다. 독특하고 개성적인 공익 활동은 적극 장려되어야 한다. 변호사 공익 활동의 새로운 영역을 개척하고 확장할 필요가 있기 때문이다. 그런 한편 고유의 공익 활동이라 할 수 있는 프로보노는 항상 고려되어야 한다. 어떤 형식의 공익 활동 프로그램을 계획하더라도, 연간 사무실 단위의 전체 기획에 프로보노는 일정량 이상 반드시 포함되어야 할 필요가 있다.

변호사 공익 활동 의무의 근거와 범위에 대한 정리가 된 이후의 과제도 선명히 떠오른다. 변호사 공익 활동의 실태를 분석하고 평가하는 작업이다. 거기에 외국의 제도와 사례를 비교하면 우리의 문제와 과제가 드러날 것이다. 그리고 변호사 공익 활동을 강제하는 방식과 자발적 영역으로 맡겨 두고 제도는 보조적 역할만 하는 방식 중 어느 쪽을 선택할 것인가 하는 문제도 계속 검토해 보아야 한다. 감정상으로나 이론상으로 후자가 더 나아 보일지 모르나, 현행 제도처럼 강제화하는 것이 결코 위

헌적이라거나 나쁘다고 할 수는 없다. 변호사의 공익 활동을 강화해야 할 형편인지 아니면 활성화하는 정도로 충분한 사정인지는 현황의 정확한 분석에서 해답을 모색할 수 있을 것이다. 이 부분에 대한 세밀한 검토는 다음 기회로 미룬다.

2000년대에 들어서서 사회의 일반적 조건은 물론 사법 제도를 둘러싼 환경의 변화가 뚜렷해지기 시작했다. 무엇보다 법률가 대량 배출의 시대를 맞았다. 사법시험의 실질적인 자격시험화를 염두에 둔 법학전문대학원 제도가 어느 수준에서 결정되고 어떤 방향으로 발전할지 알 수 없으나, 법률가 수의 급속한 증가는 계속될 전망이다. 따라서 그에 대응하여 전문 직업 윤리로서 법조 윤리의 확립과 강화가 필요하다. 변호사 공익 활동은 그 수단의 하나로 유용하게 작동할 것이다. 저소득 계층의 국민에 대한 법률 구조의 폭을 넓힘과 동시에 효율성까지 높인다면 사회 양극화 해소에 일조할 수 있다. 소수자의 소외된 이익과 다수의 공적 이익을 보호하는 체계를 구축하는 일은 사회 다양성 확보에 기여한다. 그리고 변호사의 공익 활동을 사회적이고 직업적인 의무로 삼는 제도의 운용이 원활해진다면, 법적 보호를 통한 법률가의 사회 통합적 기능의 도모까지 기대할 수 있다. 법률가들로서는 기대하지 않은 좋은 일을 할 기회를 맞게 되는 셈이다.

인권의 기초 및 발전사

차병직(참여연대 정책자문위원장, 변호사)

1. 인권의 정의

인권은 인간의 권리다. 하지만 단순히 인간의 권리라는 표현만으로 인권을 말하기에는 부족하기도 하고 또 부적합하기도 하다. 모든 인간이 가지는 모든 권리를 인권이라 일컫는다면 문자적 어의에는 맞을지 몰라도 목적적 의미에 부합하지는 않는다. 우리가 일반적인 보통의 권리 외에 굳이 인권을 따로 말하는 데에는 무엇인가 이유가 있을 것이다. 그 이유를 분명히 하는 일의 시작이 인권의 정의에 해당한다.

우리가 인권이라고 말할 때에는 특별한 목적을 가지고 있다. 그러므로 인권의 개념 혹은 정의는 그 목적에 따라 달라질 수 있다. 예를 들어 인권의 역사를 억압 당하는 사람들의 목소리를 대변하는 궤적의 서술 미셸린 이샤이는 자신이 저술한 『인권의 역사』(The History of Hummanrights)를 "억압 받는 사람의 목소리를 대변하는 역사서"라고 밝혔다{미셸린 이샤이, 『세계인권사상사』, 조효제 역, 길(2005), 34쪽}. 이라 한다면, 인권의 보장 대상은 어느 시기에 사회적 차별에 의해 특정 계층의 인간이 받는 불이익이 될 것이다. 물론 인권을 그렇게 협소하고 수동적인 개념으로

파악하지 않고 적극적으로 이해하는 의견은 더 많다. 인권은 인간이기 때문에 가지는 권리 대부분의 헌법학자들은 인권을 이렇게 정의한다{김철수, 『헌법학개론』(제13전정신판), 박영사, 245쪽 ; 성낙인, 『헌법학』(2001), 법문사, 235쪽 ; 정종섭, 『헌법학원론』(2006), 박영사, 223쪽}.

라든가, 인간의 권리 중 가장 기본적인 권리라든가, 국가 권력으로부터 자유로울 수 있는 권리라든가, 인간답게 살아가는데 필요한 최소한의 혹은 최대한의 권리라고 말할 수도 있다. 그래서 흔히 인권을 역동적인 개념이라고 한다 서준식, 『서준식의 생각』, 야간비행(2003), 70쪽..

인권의 개념을 정형화하지 않고 개별적 목적에 맡겨 둔다면 학문적 탐구와 운동적 실현의 대상으로서 보편성이 희박해진다. 어떤 방식으로든 모두가 공통으로 이해하고 사용할 수 있는 인권의 개념과 정의가 필요하다. 인권의 개념과 정의는 어느 정도까지는 명확히해야 인권의 상황을 이해하고, 인권 실현을 모색하고, 인권을 교육함과 동시에 운동의 대상으로 삼을 수 있다. 다시 처음으로 돌아갈 수밖에 없다.

인권은 인간이기 때문에 가지는 권리다. 결국 인간의 권리라는 말이다. 하지만 여기서 인간은 모든 인간을 의미하지만, 권리란 법률상 허용되는 모든 권리를 포함하지 않는다. 특별한 능력이나 지위 또는 기회에 따라 개개인이 누리는 권리는 다를 수밖에 없기 때문이다. 인권은 그 이전에 인간으로서 평등하게 누리는 보편적 권리를 말한다. 그 의미를 강하게 부각하기 위하여 천부적 권리성, 불가양성, 불가침성 등을 거론하기도 한다. 하지만 그런 식의 인권의 성격에 관한 논의는 상징적인 의미를 가질지 모르나 실질적 효용은 거의 없다. 인권의 천부성이란 것도 따지고 보면 인간 사회에서 의의와 가치를 가지는 것이다.

인권이란 모든 개개인이 각자의 방식대로 삶을 추구하는 가운데 인간다운 생활을 영위하기 위하여 필요한 절대적이고 상대적인 권리라고 할 수 있다. 인권에는 절대적인 부분과 상대적인 부분이 섞여 있다. 상대적 부분은 개인이 처한 상황에 따라 달라질 수 있다. 보다 불리한 지위에 놓여 있는 사람에게 우선적 권리 확보가 필요한 부분이다. 모두에게 동등하게 인정되는 절대적 부분은 양보할 수 없는 권리다. 상대적 부분은 사회 정의의 관념에서 억압 받거나 경제적으로 열악한 자에게 우선적 배려가 이루어질 수 있는 탄력적인 권리다. 그리하여 인권은 부분에서는 끊임없이 상황에 대응하여 변모하면서도, 전체적으로는 보편적 형태를 유지할 수 있게 된다. 한편으로 그 내용을 계속 확고히 해 가며 현실에서 누릴 수 있는 것으로 만들어 가야 할뿐만 아니라, 다른 한편으로 가려져 있는 새로운 모습을 끊임없이 찾아내야 할 대상이 바로 인권이다.

2. 인권의 어원[74)]

인권은 한자어 '人權'을 한국어로 표기한 것이다. 서양에서 들어온 용어인 '권리'나 '의무'는 중국에서 먼저 번역하여 사용한 것이다. 그러나 인권은 중국보다 일본에서 먼저 사용한 것으로 추측한다. 일본의 미스쿠리 린쇼는 프랑스 「민법전」의 'droit civil'을 민권(民權)이라 번역하였다. 그리고 이 용어는 1874년 '사가의 난' 때 돌았던 격문에서 인민의 권리라는 의미로 사용되었다. 중국에서는 1890년대에 량치차오가 '민권'이란 용어를 처음 사용했다. 따라서 이때까지만 해도 아직 인권이란 용어는 등장하지 않았다. 어쩌면 일본 개화기의 계몽사상가였던 후쿠자와 유치키가 미국 「독립선언문」을 번역하면서 인권이란 조어를 떠올렸을지도 모른다. 좀 더 분명한 것은 1945년에 발표된 「포츠담 선언」 제10항의 'fundamental human rights'를 '기본적 인권'이라 번역한 사실이다. 이 새로운 용어는 1946년 11월에 공포한 일본 헌법에 그대로 사용됐다. 이에 앞서 'human rights'라는 표현은 1941년 미국의 프랭클린 루스벨트 대통령이 의회에 보낸 연두 교서에도 등장한다.

인권은 영어의 'human rights'를 번역하면서 만들어낸 용어다. 원래 영어권에서는 'rights of man'이란 용어를 사용했었는데, man이란 단어가 마치 여성을 배제하거나 소홀히 여기는 것 같은 오해를 불러일으킬 수 있다는 반론 때문에 'human rights'로 바꾸었다고 한다. 'rights of man'은 프랑스어 'droits de l'homme'를 영어로 번역한 것이다. 물론 'droits de l'homme'는 프랑스 혁명과 함께 공포된 「1789년 8월 26일의 인간과 시민의 권리 선언」(Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789)에 등장한다.

혁명을 맞은 프랑스와 미국에서 인간의 권리란 표현을 쓰기 이전에는 주로 자연권(natural rights)란 용어를 사용했다. 이 자연권은 자연법사상에 근거한다. 독일에서도 인권을 Menschenrechte라 표기하기 이전에 Rechte der Menschheit로 썼는데, 이미 1784년에 그렇게 쓰인 예가 있다고도 한다.

3. 인권의 역사

가. 사상의 계보

인권은 언제부터 시작되었는가. 보통 인권론에서는 인권의 기원이라는 주제로 이 문제를 다룬다. 인권을 순수하게 인간의 권리라는 의미로 받아들이면 인간의 역사와

74) '인권의 어원'과 다음에 이어지는 '인권의 역사' 부분은 기존 저서{차병직, 『인권』, 살림(2006)}의 내용을 요약하거나 다시 정리하였다.

함께 인권의 역사가 시작되는 셈이다. 그러나 국가 권력과 국제 사회라는 정치적 환경 속에서 제도적으로 보장하는 권리로 인식한다면, 상대적으로 억압적인 중세 봉건 체제를 벗어난 이후 권리장전 형식으로 인권 선언이 이루어진 때부터 기산할 수도 있다. 현대사회에서 말하는 인권의 사상적이고 관념적인 계보는 유럽의 역사에서 연유하는 것으로 보는 사람들이 많다 오늘날 우리가 논의하는 인권 개념을 만들어 낸 곳이 미국이냐 프랑스냐에 대한 논쟁도 있었다. {쟝 모랑쥬, 『1789년 인간과 시민의 권리선언』, 변해철 역, 탐구당(1999), 17쪽.}. 말하자면 현대적 인권 개념의 유럽기원설이다 미셸린 이샤이, 앞의 책, 39쪽.. 반드시 그러하며, 그런 계통으로 이해하는 것이 옳으냐에 대한 논란은 있다 시민혁명과 더불어지구상에 태어난 유럽의 인권 개념은 "자본주의를 지탱시키기 위하여 '계급'의 개념을 은폐해 온 지극히 서구적인 이데올로기"라는 주장이 있다(서준식, 앞의 책, 60쪽).. 그렇지만 우선 그 체계에 따라 인권 사상의 흐름을 간략히 살펴본다.

지금 우리가 말하는 인권 개념은 중세의 계급 질서를 깨뜨리고 근대 국가를 세우는 과정에서 생겨났다. 그렇지만 인간 중심의 사상적 뿌리는 중세 이전의 서양은 물론 다른 세계에도 존재했다. 어떤 형식으로든 자연법 사상이 인권 사상의 뿌리로 작용한 것은 분명하다. 실정법에 대항하는 의미로 자연법은 인간 본연의 권리 보장을 상징하기 때문이다. 보통 서양의 문헌에 나타나는 최초의 자연법 사상의 표현은 기원전 441년경 아테네에서 상연된 소포클레스의 희곡 「안티고네」에서 찾는다. 왕이 된 크레온의 명령을 어기고 안티고네는 오빠 폴류네이케스의 시신을 몰래 매장하였다. 화가 난 크레온은 "네가 감히 법을 어겼단 말이냐?"고 호통을 쳤다. 왕의 명령이 바로 실정법이었다. 그러자 안티고네는 이렇게 대답했다. "네, 그러나 그 법을 저에게 내리신 것은 제우스 신이 아니었습니다. 정의의 신은 그런 법을 사람이 사는 세상에 정해 놓지 않으셨습니다. 또는 저는 글로 씌어진 것은 아니지만, 확고한 하늘의 법이 있다고 믿습니다. 왕의 법만 있다고 생각하지는 않습니다." 안티고네가 말한 신의 법, 정의의 법, 하늘의 법은 실정법에 우선하는 자연법을 의미한다.

고대 그리스 스토아 학파의 철학적 중심에서도 자연법 사상을 발견할 수 있다. 스토아 철학에서 자연은 바로 인간 이성이자 세계 이성이었다. 세계 이성이란 바로 민족이나 신분의 귀천에 관계없이 만인이 동등하게 공유하는 것이다. 그런 사상은 훗날 로마의 스토아 학파에 영향을 미쳤다. 노예에 대한 가혹한 규제와 잔인한 취급이 자기 보호를 위한 자연법칙에 맞는다고 믿었던 로마인들이 점점 노예와 인간적 대화를 나누기 시작했다. 그런 경향은 황제의 구체적 정책으로 나타나기도 했다. 네로는 노예에 대한 비인간적 학대 행위를 금지했고, 하드리아누스는 함부로 노예를 죽인 자를 처벌했다. 마르쿠스 아우렐리우스가 경기장이나 연극에서 실제 무기를 사용한 격투를 하지 못하게 한 것도 인간성에 대한 존중의 태도가 표현된 제도였다.

오늘의 인권 개념이 고대 사상이나 종교에 담겨 있는 휴머니즘의 영향을 받은 것이 명백하다. 이론적으로 추론해도 그 주장은 가능하지만, 무엇보다 세계인권선언 기초 작업에 관여한 사람들의 진술에 의하더라도 그렇다.

현대적 인권 개념의 형성에 이론적으로나 실증적으로 영향을 준 다른 사상으로는 유대교, 힌두교, 불교, 기독교, 유교, 이슬람교 등을 들 수 있다. 그 모든 종교의 이념과 사상에는 인간 중심주의의 보편성, 자유, 평등, 정의에 관한 실현 의지가 내포돼 있다. 유럽 이외의 지역에서 발생하거나 확산된 종교 사상도 자연법적 휴머니즘을 간직하고 있었다. 그 사상이 유럽의 보편주의에 가리웠고 근대 국가에 이르는 역사의 진행 과정에서 주도적 역할을 하지 못하였을 뿐이다.

봉건적 권위주의의 유럽 중세는 교권과 왕권에 의해 지배되었다. 동양이나 지금의 중동 지역도 크게 다르지 않게 전근대적 풍경 속에서 그 일부를 이루고 있었다. 신과 종교의 시대의 서양에서는 인간만이 신의 형상대로 창조되었다는 믿음을 가지게 되었다. 그런 신앙은 훗날 천부인권설의 토대가 되기도 하였다. 고대의 자연법 사상은 중세의 교회를 거치며 부분적으로 자연권 개념으로 나타나기도 하였다. 하지만 어느 순간 인간의 존엄과 가치는 신이나 교회가 부여한 것이 아니라 인간 이성에 근거하여 만들어 낸 것이란 깨달음을 얻게 되었다. 르네상스의 인본주의 정신, 종교개혁, 과학적 사고의 체계적 발전에 따라 보통사람들은 점점 대상에서 주체로 인식되었다. 그에 따라 자연권 개념에서 보편적 권리라는 관념이 형성되어 계몽주의 조류가 유럽의 전역에 확산되었고, 소외되었던 사람들의 고통에 관심을 보이는 경향이 나타났으며, 그런 사상을 사회계약설이 흡수한 뒤 자유주의 사상과 결합하여 훗날 헌법을 가진 근대 국가의 형성에 기여하게 되었다. 그 과정에서 인권의 역사에서 가장 많이 거론하는 권리장전의 중요한 사건 몇 가지는 다음과 같다 서양사에 등장하는 권리장전의 성격과 의미에 관하여는, 차병직, 『인권의 역사적 맥락과오늘의 의미』, 지산(2003), 53쪽 이하 참조..

나. 헨리 헌장

1066년 프랑스 북서쪽 노르망디의 윌리엄이 잉글랜드를 정복한 뒤 왕(윌리엄 1세)으로 즉위했다. 토지 분배를 수단으로 왕권을 강화하던 윌리엄 1세가 사망했을 때 왕위 계승 후보자는 세 아들 로버트, 윌리엄 루퍼스 그리고 헨리였다. 로버트는 장남이었지만 자질이 부족하다는 이유로 노르망디를 상속시켜 보내버리고, 차남 윌리엄 루퍼스가 새로운 왕(윌리엄 2세)으로 즉위했다. 그런데 어느 날 숲 속에서 사냥하던 윌리엄 2세가 의문의 화살에 맞아 사망했다. 마침 곁에 있던 막내 헨리는 즉시 윈체

스터로 말을 달려 노르망디의 로버트가 오기 전에 옥새를 차지했다. 이어 켄터베리 주교의 부재를 틈타 런던 주교의 승인으로 왕위에 올라 헨리 1세가 되었다.

헨리 1세의 입장에서는 형 로버트가 나타나 문제가 복잡해지기 전에 왕권을 확고히 하는 것이 급선무였다. 그래서 귀족과 평민의 반발을 무마하기 위한 방안을 몇 가지 만들었다. 그는 먼저 노르만 왕국이 정립되지 않았다는 이유로, 종래 색슨 왕국의 법률을 계속 시행하여 민심을 수습했다. 윌리엄 2세의 불법적 관행을 폐기하여 귀족을 달래고, 성직자의 소득 소유를 인정하여 종교계를 무마했다. 그리고 부당한 세금 징수를 않겠다고 하여 지방 영주들의 불만을 가라앉히려 했다. 헨리 1세의 이런 약속이 바로 헨리 헌장(Henry's Charter of Liberties)이다. 헨리 헌장은 비록 제대로 지켜지진 않았지만, 중세의 왕이 스스로 자신의 권한을 축소하여 성직자나 귀족의 권리를 확장하는 내용의 약속을 문서로 만든 출발점이라는데 의미가 있다.

다. 마그나 카르타

잉글랜드는헨리 1세에서 헨리 2세 시절까지 비교적 평온했으나, 리처드 1세의 지나친 욕심으로 평민과 농노들의 생활이 어려워지기 시작했다. 지방 영주와의 싸움 중 맞은 화살의 상처가 덧나 리처드 1세가 사망하자, 헨리2세의 막내아들 존이 왕위를 이었다. 존은 탐욕과 권모술수로 뭉친 성품의 소유자였는데, 즉위와 함께 조카 아서를 살해한 의심을 받고 있었다. 당시 봉건적 지위로는 잉글랜드가 프랑스로부터 봉토를 수여받는 형태였다. 따라서 프랑스 왕 필립은 아서 살해 사건을 프랑스 법정에서 다루기로 결정하고 존에게 소환장을 보냈다. 전전긍긍하던 존이 불응하자, 필립은 존을 중죄인으로 간주하고 프랑스 내의 모든 영지를 몰수한다고 공표했다. 전쟁이 벌어졌으나 결국 프랑스 내의 잉글랜드 영토를 모조리 상실하는 것으로 종결됐다.

한마디로 존은 선대 왕들이 소유해왔던 프랑스 내 영토를 모두 빼앗긴 실패한 왕이 되고 말았다. 뿐만 아니라 교황에게도 굴복하고 말아 잉글랜드 귀족들의 불만이 팽배했다. 이에 대주교가 헨리 헌장을 다시 부각시키고, 귀족들은 왕에 대한 충성 포기 선언을 하기에 이르렀다. 정부의 행정은 거의 마비 상태에 빠졌다. 다급해진 존은 러니미드 초원에서 귀족 대표들을 만나 원하는 대로 따르겠다고 약속했다. 그리하여 귀족들의 요구를 문서화한 것이 바로 마그나 카르타다.

마그나 카르타의 내용은 꽤 방대하다. 미성년자의 상속세와 후견인 제도, 과부의 재혼과 동의 그리고 지참금 회복 문제 등을 포함하여 무려 63개의 조항으로 이루어져 있다. 그 상세한 내용은 봉건 제도의 특수한 관계와 지위를 모르고서는 이해하기 힘들다 마그나 카르타가 선포되던 잉글랜드의 역사적 전후 사정을 이해하려면, 존

길링엄, 『1215 마그나카르타의 해』, 황정하 역, 생각의 나무(2005)를 참고할 수 있다. . 그러나 모두 귀족 세력의 이해관계가 반영된 것만은 분명하다. 예컨대 제1조에서 잉글랜드 자유의 불가침성을 확인하고 모든 자유민이 그것을 향유할 수 있다고 선언했다. 하지만 그 자유는 절대 왕권에 대한 귀족의 자유에 한정되는 것이다. 국왕은 봉건 계약상 결정되지 않은 세금을 징수하려면 반드시 귀족으로 구성된 대자문회의의 동의를 얻어야 한다는 조항도 농민과는 전혀 무관하다.

인권 선언의 의미를 부여할만한 제39조는 눈길을 끈다. 「자유민은 같은 신분의 사람들에 의한 적법한 판결이나 법의 정당한 절차에 의하지 않고서는 체포되거나 구금되지 아니하며, 재산과 법익을 박탈당하지 아니하고, 추방되지 아니하며, 또한 기타 방법으로 침해당하지 아니한다. 왕은 이에 뜻을 두지 아니하며, 이를 명하지도 아니 한다」라고 되어 있다. 하지만 이 조항도 따지고 보면 자유민의 권리를 위한 것이 아니라 왕권 제한을 통한 귀족 세력의 확대를 위한 것일 뿐이다. 물론 당시의 자유민은 지금의 자유민과도 다르다. 자유민이란 그 아래의 비자유민을 전제로 한 계급의 하나다.

형식적인 면에서도 마그나 카르타는 모든 자유민을 주체로 한 권리 선언이 아니라, 국왕이 행한 서약이다. 말하자면 마그나 카르타는 봉건 체제의 문서이지 근대적 의미의 인권 보장을 목적으로 한 권리 장전은 아니다. 그렇지만 그 이전의 시기를 고려할 때 마그나 카르타는 자유의 상징으로 받아들일 만한 구석을 지니고 있다. 마그나 카르타의 실질적 의미는 노르만 시대 전제군주제의 종말을 시사했다는 데 있을 것이다. 그 상징적 가치를 결코 가볍게 평가할 수만은 없다. 마그나 카르타는 당대의 사람들에게보다 후세 사람들에게 훨씬 더 큰 의미를 지니게 되었다. 17세기에 왕권과 의회가 대립하였을 때 왕의 전제에 대항하여 인민의 권리를 옹호하는 최대의 근거로 이용되었다. 이후 영국의 다른 역사적 권리 문서뿐만 아니라, 미국의 헌법에까지 영향을 미쳤다.

라. 권리 청원

백년 전쟁과 장미 전쟁 이후 봉건 체제가 붕괴하고 영국 국교의 정착으로 교황권이 몰락하면서, 엘리자베스 여왕으로 대표되는 튜더 왕조는 중앙집권화를 이루었다. 그러면서도 튜더 왕조의 왕들은 의회나 왕권의 균형을 비교적 잘 유지했다. 그러나 엘리자베스의 사망에 뒤이은 스튜어드 왕조는 그렇지 못했다. 당장 문제는 왕실과 정부의 재정이었다. 필요한 돈을 세금으로 거둬들이려면 의회의 승인이 필요했다. 제임스 1세는 재정난 탈출을 위해 온갖 방법을 강구하여 의회를 소집했지만, 의회는

왕의 요구를 단호하게 거절하고 오히려 헨리 헌장과 마그나 카르타의 준수만 요구했다. 이런 마찰로 인해 제임스 1세는 의회를 해산하기도 했다.

제임스 1세의 아들 찰스 1세는 더 독단적인 행동으로 의회의 비위를 건드렸다. 역시 재원 마련을 위해 세 번째 의회를 소집했을 때 의회는 왕권에 거세게 도전했다. 의회는 찰스 1세의 요구를 받아들이되 조건을 붙였다. 왕권을 제한하는 내용의 입법을 시도한 것이다. 하지만 법을 제정하려면 왕의 재가가 필요했다. 게다가 귀족들은 법의 내용이 너무 과격하다고 반대하기도 해 쉽지가 않았다. 이때 법관 출신의 법학자 에드워드 코크가 나서서 절충안을 제시했다. 왕의 굴복을 강요하는 듯한 법안 통과 요구 대신 그 내용을 왕에 대한 청원 형식으로 하자는 것이었다. 그래서 그 청원을 왕이 수용하는 방식을 취하면, 왕으로서는 체면을 구기지 않고 의회로서는 목적을 달성할 수 있다는 생각이었다. 그리하여 코크가 기초하고 양원을 거친 다음 찰스 1세로 하여금 승인하게 한 것이 바로 1628년의 권리청원(the Petition of Rights)이다.

권리 청원은 비록 의회가 제정한 법은 아니지만 국왕을 굴복시킨 중요한 내용들을 담고 있다. 신체 자유권의 확인, 상납금의 금지, 의회 동의 없는 과세의 금지, 특별재판의 금지, 이유의 명시 없는 체포나 구금의 금지, 군대의 강제 민박 금지 등이 그것이다. 이런 사항은 사실 마그나 카르타에서 이미 확인된 바 있다. 하지만 마그나 카르타에 비해 의회를 통한 중산층의 보편적 자유권에 대한 주장이 반영되었다는 점이 권리 청원의 특징이다. 무엇보다도 국왕보다 법이 우위에 있다는 원칙 아래서, 의회가 국왕의 권력과 법률적 권위 사이에 명확한 경계선을 그은 시도라는 데 의의가 있다. 권리 청원은 그 내용 자체의 효과보다, 그것이 훗날 명예혁명과 권리 장전으로 이어져 절대 왕권을 대신하는 입헌군주제의 발판이 되었다는 데 역사적 가치를 가진다. 주권이 왕으로부터 국민을 대표하는 의회로 넘어가게 된 첫걸음이란 평가를 받고 있다.

마. 인신보호법

권리 청원 이후에도 찰스 1세는 쉽게 물러서지 않았다. 그러다 보니 의회와 극단적으로 충돌했고, 내란과 청교도 혁명을 겪어야 했다. 결국 크롬웰의 독재 정치가 시작됐고, 그 결말은 다시 찰스 2세의 왕정복고로 이어졌다. 찰스 2세는 역사학자이기도 한 클래런던을 정치 일선에 내세우고 안락한 생활을 도모했으나, 클래런던은 실정과 런던 대화재로 물러나고 말았다. 찰스 2세는 프랑스의 루이 14세와 손잡고 전제 군주가 되려는 기미를 보였다. 의회는 일제히 위험한 왕의 태도를 견제했다. 그 정도와 방식에 따라 의회 내부는 개혁파 휘그 당과 아일랜드 해적 이름을 딴 보수파

토리 당으로 양분됐다. 이런 분위기에서 찰스 2세는 한걸음 뒤로 물러나 신중해졌다. 1679년 선거를 계기로 의회 정치는 드디어 본래의 모습과 기능을 드러냈다. 그 기회에 의회에서 통과시킨 것이 인신보호법(the Habeas Corpus Act)이다.

인신보호법의 중요한 내용은 인신 보호를 위한 영장 제도다. 「신민의 자유를 보다 잘 보장하고, 해외에서 구금당하는 일을 방지하기 위한 법률」이란 부제가 잘 말해 준다. 지금의 구속 영장 제도, 영장 실질 심사라 부르기도 하는 구속 전 피의자 심문 제도, 구속적부심 제도 그리고 보석 제도의 혼합 형태로 보면 된다. 범죄 혐의자를 구금할 때의 절차를 아주 세밀하게 규정하고 있는데, 핵심은 어떠한 경우라도 체포 또는 구금된 사람은 가능한 빠른 시간 내에 법관 앞에 가서 체포나 구금의 이유에 대한 판단을 받을 권리가 있다는 것이다.

바. 권리 장전

찰스 2세는 그럭저럭 의회와 균형을 유지하여 호사스런 생활을 누리다 생을 마감했다. 그 뒤를 이은 것은 찰스 2세의 동생 제임스 2세였다. 제임스 2세는 의회의 희망을 저버리고 고집스런 반동 정치를 폈다. 절대 왕권의 표본인 상비군을 모집해 반란 진압에 사용하는가 하면, 카톨릭주의자를 중용하여 영국 국교를 탄압했다. 이런 흐름은 의회의 위기 상황으로 돌변했고, 의회는 제임스 2세의 축출에 나섰다. 영국 국교를 믿는 제임스 2세의 큰딸 메리를 떠올렸다. 메리는 네델란드의 윌리엄 오렌지와 결혼해서 그곳에 머물고 있었다. 의회는 메리와 오렌지를 설득하여 영국으로 오게 했다. 1688년 마침내 오렌지와 메리가 런던에 입성했다. 그 의미가 명백함에도 어느 누구도 제임스 2세를 옹호하는 사람은 없었다. 제임스 2세는 스스로 프랑스 망명길에 올랐다. 아무런 싸움 없이 정권 교체에 성공하였기에 이를 무혈 혁명 또는 명예 혁명이라 부른다.

의회는 오렌지가 외국인이었기 때문에 왕으로 추대하되 메리와 공동으로 왕권을 행사하도록 했다. 그 조건을 받아들여 오렌지는 윌리엄 3세로 왕위에 올랐다. 윌리엄 3세는 국내 정치는 의회에 맡겼고, 의회도 윌리엄 3세를 믿었다. 그러나 윌리엄 3세의 세력이 커져 전제화할 가능성에 대비하여 왕권을 제한하고 의회의 권리를 확고히 할 필요를 느꼈다. 그 목적으로 의회가 윌리엄 3세에게 요구하여 승인하도록 한 것이 1689년의 권리 장전(the Bill of Rights)이다.

권리 장전은 「신민의 권리와 자유를 선언하고 왕위 계승을 정한 법률」이다. 권리 장전의 내용은 이미 앞선 헨리 헌장, 마그나 카르타 그리고 권리 청원에 열거된 것과 유사하다. 먼저 서두에 제임스 2세의 위법 행위를 열거한 뒤, 13개 항에 걸쳐 반드시 지켜야 할 권리와 자유를 천명하고 있다. 국왕은 법의 효력에 기속되며, 예산

은 매년 의회 의결을 거치고, 자유로운 의회 선거는 보장되어야 하며, 특별재판소 설치를 허용하지 않고, 의회를 정기적으로 열어야 한다는 등을 규정하고 있다.

권리 장전은 의회가 요구한 사항을 성문화하여 왕권보다 우위에 둔 것이므로, 드디어 왕은 군림하나 통치하지 않는다는 입헌군주제의 시작을 알리는 것이다. 왕의 지배가 아닌 법의 지배를 의미함과 동시에, 훗날 입헌 국가들의 헌법에 기본권 형식으로 인권이 구체화되는 단초를 열었다는 역사성을 함축하고 있다.

사. 혁명과 인권 선언

잉글랜드에서 전개된 권리의 문서화는 지금의 인권 관념에서 보면 실질적이라기보다 상징적이다. 각종 권리 장전의 내용 중에는 오늘의 인권이나 기본권 목록에 올라 있는 것과 같거나 유사한 형식도 없지는 않다. 하지만 그 문서화된 권리는 아직 개인의 발견에까지는 이르지 못한 것이다. 다시 말하면, 모든 인간의 권리를 의미한 것이 아니었다.

잉글랜드의 권리 장전들이 귀족 계급 중심으로 이루어질 수밖에 없었던 것은 당시 봉건 사회의 구조적 특성 때문이다. 그렇기 때문에 봉건 제도가 서서히 붕괴하면서 권리의 범위와 내용을 결정하는 주도권은 귀족에서 의회로 넘어갔다. 의회가 중심이 되어 왕권을 제한함으로써 의회 민주주의를 확립하고, 일종의 그 반사적 효과로 일반인의 권리가 조금이나마 확보됐다. 왕권을 완전히 법의 지배 아래로 끌어내린 뒤, 이른바 입헌군주제의 헌법적 역할을 마그나 카르타 이후 각종 권리 장전들이 떠맡았다. 영국에서 전개된 이러한 권리 확보의 사상은 당연히 미국으로 이어졌고, 그 흐름은 프랑스에 영향을 미쳤다.

아. 미국의 독립 선언

아메리카 대륙으로 건너가 정착에 성공한 이주민들이 만든 사회는 영국 식민지촌으로 형성됐고. 그 이면에 서서히 노예 제도가 생겼다. 확장된 담배 농장의 부족한 인력을 아프리카에서 수입한 흑인 노예들로 충당했기 때문이다. 영국 정부는 늘어난 국가 채무 일부를 식민지에 부담시키기 위해 설탕법, 인지세법, 타운센트법 등을 제정했다 폐기하기를 거듭했다. 식민지인들의 불만이 고조되었다.

결국 1773년의 보스턴 차 사건은 새로운 국면으로 치닫는 도화선이 됐다. 파산 위기에 처한 동인도회사의 회생을 위해 영국 정부는 미국에 대한 차 판매 독점권을 주었다. 식민지 상인들은 막대한 손해를 입게 되자 동인도회사의 차 불매 운동을 벌였

다. 지금은 보스턴의 흑맥주 이름으로 남아 있는 새뮤얼 애덤스가 조직한 행동단 '자유의 아들들'(Sons of Liberity)이 인디언으로 변장하고 보스턴 항에 정박중인 동인도 회사 선박에 침입해 싣고 온 차를 모두 바다에 던져버렸다. 영국은 단호하게 대처했다. 보스턴 항을 폐쇄하고 매사추세츠 인들이 참기 어려운 법을 만들었다.

매사추세츠 문제를 놓고 조지아를 제외한 12개 식민지 대표들이 1774년 필라델피아에 모여 제1차 대륙회의를 열었다. 다음 해 영국은 새뮤얼 애덤스와 존 행콕에 대한 체포 명령을 내렸고, 그것이 계기가 되어 렉싱턴과 콩코드에서 영국 정부군과 미국 식민지 민병대 사이에 전투가 벌어졌다. 사태가 심각해지자 버지니아의 대농장주 토머스 제퍼슨과 필라델피아의 벤저민 프랭클린이 제2차 대륙회의를 소집해 식민지 연합군을 창설했고, 사령관으로 조지 워싱턴을 임명했다. 영국은 식민지에서 일어난 사태를 반란으로 규정하고 진압 부대를 파견했다. 대륙회의는 전쟁에 대비해 프랑스 원조를 얻는 데 성공했다. 그 기회에 프랑스의 라파예트가 참전했다.

그러나 전쟁이 본격화돼도 1775년이 저물 때까지 대륙회의의 목표는 불분명했다. 미국의 목적은 영국으로부터의 독립이 아니었다. 불만은 오직 과세와 무역 제한이었다. 전쟁으로 피가 땅을 물들여도 식민지 지도자들은 영국 왕 조지 3세를 폐하로 받들었다. 조지 워싱턴을 비롯해 훗날 독립선언서에 서명한 25인의 인사는 한결같이 독립을 원하는 것은 아니라고 성명까지 발표했다.

이런 분위기를 일시에 반전시킨 사람은 영국에서 건너간 토머스 페인이었다. 벤저민 프랭클린의 권유로 아메리카로 건너간 페인은 영국과 식민지 사이의 전쟁을 지켜보면서 왜 투쟁의 목표가 독립이 아닌 세금이냐고 의문을 제기했다. 그리고 1776년 1월 그의 생각을 「상식」(Common Sense)이란 제목의 팜플렛으로 발행했다. 익명으로 펴낸 작은 책자는 수십만 부가 팔렸고, 비로소 아메리카 식민지인들에게 독립 사상이 싹텄다.

페인의 영향력은 컸다. 13개 식민지는 펜실베이니어를 선두로 제각기 독립한 공화국을 세우기 시작했다. 1776년 4월에 13개 식민지 대표로 구성된 대륙회의는 영국을 제외한 모든 국가에 항구를 개방했다. 6월 12일에는 버지니아가 헌법을 선포했으며, 7월 4일에 열린 대륙회의에서 독립선언서를 채택했다.

버지니아가 선포한 헌법(Virginia Declaration of Rights)은 흔히 버지니아 권리 장전 또는 버지니아 권리 선언이라고도 한다. 조지 메이슨의 주도로 간단한 전문과 16개의 조문으로 구성된 그 내용은 영국 권리 장전들에 비해 훨씬 구체적이고 보편적인 사상을 표현하고 있다. 제1조는 이렇다. 「모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고 독립한 천부의 권리를 가진다. 이런 권리는 인민이 사회를 조직할 때 어떠한 계약으로도 박탈할 수 없는 것이다. 그것은 재산을 얻어 소유하고 행복과 안녕을 추구하여 획득하는 수단을 비롯하여 생명과 자유를 향유할 권리다.」그 밖에도 공직의 특전과

지위의 세습 금지, 입법권과 행정권과 사법권의 구별, 자유선거의 보장, 형사상 적법 절차, 배심 제도, 언론과 출판의 자유, 종교와 양심의 자유 등을 규정하고 있다. 생명권과 자유권에 앞서 사유 재산권을 보장하며, 행복추구권을 말한다. 삼권 분립의 주창은 로크과 몽테스키외의 사상이 반영된 것이다. 버지니아 권리 선언에서 인간의 권리라는 용어를 직접 사용하고 있지는 않지만, 이미 자연법사상이 자연권적 개인의 권리로 변모하고 있음을 알 수 있다. 이러한 버지니아 권리 선언은 뒤에 미국 헌법 정신의 모태가 되었다.

버지니아 권리 선언에 이어 1776년 7월 4일 대륙회의는 미국 독립선언서(The Declaration of Independence)를 공식으로 채택했다. 1775년 제2차 대륙회의 때 버지니아 대표로 참석했던 토머스 제퍼슨이 그 초안을 작성했다. 젊어서 대농장의 소유자였으며 늙어서 남부를 대변하는 지역주의자이자 노예 제도 옹호론자였던 제퍼슨은 미국 제3대 대통령까지 역임했다. 제퍼슨이 만든 독립선언서의 두 번째 문장은 오늘도 마치 인권의 절대적 속성처럼 되풀이하고 있는 바로 그것이다. 「우리는 다음과 같은 사실을 자명한 진리로 확신한다. 모든 인간은 태어나면서부터 평등하고, 창조주로부터 불가양의 권리를 부여받았으며, 그 권리 중에는 생명의 자유와 행복을 추구할 권리가 포함되어 있다.」

독립 선언으로 13개의 식민지는 13개의 공화국임을 세계에 알리게 됐다. 이어서 각 공화국은 차례로 헌법을 제정하였다. 그 사이에 영국을 상대로 본격적인 독립 전쟁을 계속하였고, 조지 워싱턴과 너새니얼 그린이 전공을 세웠다. 영국에 대한 승리가 거의 확실해지자, 1781년 3월 13개 독립국들은 연합 헌장을 채택하여 하나의 미합중국(the United States of America)으로 재탄생했다.

1783년 파리 평화 회의의 승인으로 미국은 식민지 혁명으로 이룬 최초의 공화국이 됐다. 그러나 13개 개별 국가는 주권을 그대로 지니고 있었고, 연합 의회는 중앙 정부로서 기능하지 못했다. 재정 상태가 악화되고 사회가 혼란스러워지자 강력한 중앙 정부를 원하는 요구가 높아졌다. 1787년 필라델피아에서 열린 연방 정부 수립을 위한 제헌 의회에서 헌법안을 마련했다. 최초의 연방 헌법의 내용에 기본권에 관한 조항은 없었다. 오직 13개 정부의 결합체에 대한 권한 배분과 통치 기구의 조직에 관한 내용으로만 구성되었다. 연방 헌법은 프랑스 혁명이 일어난 해인 1789년에 필요한 비준을 얻어 효력이 발생했다 미국 헌법의 탄생 과정을 이해하는 데 참고할 만한 자료로는, 알렉산더 해밀턴 외, 『페더랄리스트 페이퍼』, 김동영 역, 한울(1995), 칼 밴 도렌, 『미국 헌법을 만든 사람들의 이야기』, 박남규 역, 홍익출판사(2000) 등이 있다. .

그러나 각 지방 정부의 비준을 받는 과정에서 연방 정부가 개인의 자유를 침해할 때 대비책이 전혀 없다는 것이 연방 헌법의 결함으로 지적됐다. 즉시 제임스 메디슨

이 앞장서 10개 조항의 권리 장전을 만들어 헌법에 추가했다. 부칙처럼 헌법 조문의 말미에 추가한 조항을 수정 조항(Amendment)이라 한다. 최초 10개의 수정 조항은 1791년에 확정됐다. 그 뒤로 필요할 때마다 수정 조항을 덧붙이는 형태로 오늘에 이르고 있다. 따라서 미국 연방 헌법에서 개인의 기본권은 모두 수정 조항에 담겨있다.

자. 프랑스 혁명

혁명 전의 프랑스는 그야말로 절대 왕정의 최대 강국이었다. 그러나 말년을 예감한 듯 왕권은 조금씩 흔들리기 시작했다. 무엇보다 계몽사상과 아메리카의 독립이 프랑스 정신에 강한 영향을 미쳤다. 영국에 대항한 아메리카 식민지 전쟁에 프랑스가 가담하고, 아메리카의 독립 선언으로 제1막은 종결된 셈이었다. 아메리카의 독립이 성취되던 과정의 생생한 체험담이 프랑스에 전해지면서, 그에 대비하여 프랑스 구체제의 사회적 모순이 드러나기 시작했다.

구제도(앙시앵레짐)란 신분 계급과 소득 분배의 불균형으로 요약할 수 있다. 세 계급은 성직자, 귀족 그리고 평민이었다. 상위 계급의 적은 인구는 절대적으로 많은 재화를 소유했다. 사회적 특권은 엄청났다. 루이 16세가 중용한 재정가 튀르고와 네케르가 당면한 과제는 국가 재정난 타파였다. 방안으로 제시된 것은 제1계급 성직자와 제2계급 귀족들로부터 세금을 징수하는 일이었다. 국왕은 반대하는 귀족들에 대한 과세를 실현하기 위해 60년 이상 소집하지 않았던 삼부회를 열었다. 1789년 1월 삼부회 소집에 제3계급의 정원을 두 배로 늘려 제1계급 247명, 제2계급 188명, 제3계급 500명의 각 대표를 선출했다. 최고 쟁점은 표결을 신분 비례로 하느냐 사람 수로 하느냐였다. 시에예스는 한꺼번에 특권층을 공격하면 국가가 공포와 혼란에 빠질 수 있으므로 세제 개혁과 인권 보장만 요구하자고 했다. 제3신분 계급의 요구는 봉건적 특권 폐지, 과세에 대한 의결권과 감사권, 각종 부당한 검열 제도의 폐지라는 세 가지로 집약됐다. 그 요구가 관철됐더라면 적어도 그때 혁명이 일어나지는 않았을 것이다.

그러나 5월 5일 루이 16세의 임석으로 개최된 삼부회는 핵심을 비껴 지지부진이었다. 그러자 제3신분 대표들은 삼부회를 포기하고 따로 국민 의회를 결성했다. 국민 의회는 대표 없이 과세 없다는 미국의 구호를 원용하며 버텼다. 국왕이 국민 의회가 사용하던 의사당을 봉쇄하자, 의원들은 실내 테니스 코트에 모여 헌법이 제정되기 전까지 국민 의회는 해산하지 않을 것이라고 선언했다. 상황이 진전됨에 따라 파리 시민들은 국왕의 무력 탄압으로부터 국민 의회를 지켜야 한다고 생각했다. 민병대를 조직하고, 탄약을 얻기 위해 7월 14일에 바스티유 감옥을 습격했다. 군중은 비로소

자신들의 힘에 스스로 흥분했다. 무법의 질서가 혼란스럽게 전개되다, 8월에 이르러 구제도는 남김없이 소멸하고, 전국에서 혁명을 환호했다.

혁명의 결과가 전국으로 확산하자, 국민 의회는 혁명의 원리와 이념을 널리 알릴 필요를 느끼게 됐다. 그에 따라 8월 26일에 채택하여 선포한 것이 인간과 시민의 권리 선언이다. 보통 프랑스 인권 선언이라 부르는 것이다.

인간과 시민의 권리 선언의 기초 작업에는 미국 독립 전쟁을 경험하고 돌아온 라파예트가 참여했다. 짧은 전문에서 인권에 대한 무지나 망각은 공공의 불행과 정부 부패의 원인이 된다는 경고와 함께 인간의 자연적이고 포기할 수 없는 권리를 선언했다. 그리고 17개의 조문에서 평등권, 정치적 결사권, 신체권 등의 기본권을 열거하고, 모든 주권이 인민에게 있다는 것을 밝혔다. 마지막에는 소유권의 신성불가침성을 덧붙여 놓았다. 재산권을 가장 중요한 권리의 하나로 여기는 18세기 전통의 관념 때문이다.

인간과 시민의 권리는 그 표제가 보여주듯 인간의 권리와 시민의 권리를 나누고 있다. 전자는 인간이면 누구나 누리는 자연권을, 후자는 프랑스 인민으로서 누리는 권리를 말한다.

국민 의회의 그 다음 임무는 헌법 제정이었다. 그러나 프랑스 시민의 경험과 의식은 미국과 달라 혼란을 겼었다. 1791년 9월 혁명 헌법을 확정했다. 입헌군주제를 채택한 제정 헌법은 불행하게도 재산과 납세 능력에 따라 참정권을 크게 제한했다. 25세 이상의 능동적 시민에게 선거권이 주어졌으나, 그들은 재산세를 더 많이 내야 하는 2급 선거인을 선출하는 데 그쳤다. 국회의원은 2급 선거인들이 다시 선출했다. 하지만 최초의 헌법은 인간과 시민의 권리 선언의 내용을 수용했다. 미국에 이어 실정법인 헌법으로 인권의 목록을 받아들이는 또 하나의 선례를 남겼다. 그러나 그 뒤에 프랑스 헌법에서 인권 조항은 들어갔다 나갔다를 반복하다, 지금은 헌법 전문에 인권 선언을 수용한다는 규정만 두고 있다. 따라서 현재 프랑스 헌법에는 기본권 규정이 없다. 하지만 전문을 통해 인간과 시민의 권리 선언의 정신이 그대로 받아들여지고 있는 것이다.

차. 혁명의 영향

프랑스 혁명은 자유와 평등 그리고 인권 보장의 정신을 유럽 전역에 퍼뜨리는 데 기여했다. 국가 내부의 특수한 사정으로 헌법 제정 등 인권 보장 규범을 뒤늦게 갖추기 시작한 독일도 프랑스의 영향을 받지 않을 수 없었다. 통일 전 나폴레옹이 세운 소왕국 베스트팔렌이 1807년 헌법을 제정했고, 1849년 프랑크푸르트에서 통일독일

제국 헌법을 확정하여 인권 보장의 규범을 가졌으나 정치적 통일이 뒤따르지 않아 사문화되고 말았다. 오히려 벨기에는 1830년 혁명에 성공하고 다음 해 헌법을 제정했다. 벨기에 헌법은 1849년 오스트리아 헌법, 1850년 프러시아 헌법에 영향을 주었다. 독일 헌법의 인권 보장 전통은 1919년 바이마르 헌법에 계승되어 1949년 서독 기본법에서 꽃을 피웠고, 1990년 통일 독일의 기본법으로 이어졌다.

근대의 물결에 실린 인권 개념의 편린은 태평양까지 건넜다. 1889년 메이지 헌법으로 불리는 대일본제국 헌법이 공포됐다. 메이지 헌법은 인권이 아니라 신민의 권리라는 이름으로 자유권을 규정했다. 천황 주권의 이름 아래 열거된 자유권의 목록은 상당히 제한적인 것이었다.

우리 헌법사에서 개인의 권리를 규정한 최초의 문헌은 1919년 4월에 선포한 대한민국 임시 헌장이다. 모든 인민은 남녀, 귀천, 빈부에 의한 차별 없이 평등하다는 선언과 함께 신교, 언론, 저작, 출판, 결사, 집회, 신서, 주소, 이전, 신체와 소유의 자유를 누린다고 규정하고 있다. 임시 헌장과 거의 동시에 발표한 한성 정부 국민 대회 약법에도 국민의 자유와 권리를 존중함을 국시로 삼는다고 한다. 이런 내용은 그 해 9월 11일 제정한 대한민국 임시 헌법에 그대로 이어졌다.

카. 유엔 헌장

중세의 서양이라는 봉건 제도의 계급화된 사회에서 각자가 누릴 수 있는 자유와 권리는 지금을 기준으로 보면 답답할 정도로 불만스런 것이었음에 틀림없다. 그 벽을 허물고 터널을 통과하는 과정의 발단을 영국의 왕과 귀족 사이에서 보았다. 그리고 18세기 후반 미국과 프랑스가 인민을 주체로 한 권리 선언을 했고, 다음 세기에 이어진 근대 입헌 국가의 헌법에 인권이 기본권으로 구체화되기 시작했다. 이런 양상은 2차 세계 대전 이후 세계적으로 보편화됐다.

근대 국가의 헌법이란 그릇이 생기면서 인권의 사상과 이념을 담을 수 있게 됐다. 그러나 그 형식은 한마디로 국내적 관심사를 국내용으로 체계화한 것에 불과했다. 인권 선언이든 헌법의 기본권이든 처음부터 계급적 성격을 완전히 탈피하지도 못하였고, 세계 인류의 관점에서 보면 외국인은 아예 고려 대상이 아니었다. 표현한 내용은 오늘의 인권과 같은 것이라 할지라도, 실상은 국가와 정부 중심의 권리였다.

인권의 관념이 각 나라의 헌법 기본권편의 울타리를 벗어나 세계성을 띠게 된 것은 두 차례의 끔찍한 전쟁을 겪고 난 뒤였다. 1차 세계 대전의 반성의 결과는 국제 연맹의 창설이었다. 하지만 1919년의 국제 연맹 규약(The Covenant of the League of Nations)에 인권에 대한 언급은 전혀 없었다. 반면 국제법 학자들의 노력은 달랐

다. 1차 세계 대전 뒤 국제 규범에 의한 인권 보호가 필요하다는 인식에서, 1929년 인간의 국제 권리에 관한 선언(The Declaration of the International Rights of Man)을 채택했다.

2차 세계 대전 이전까지는 국제 관계에서 인권은 공식 주제가 아니었다 Jack Donnelly, 『International Human Rights』, Westview Press(1993), P.6. 인권이란 그저 국가 내부의 문제 정도로 취급됐다. 그렇다고 국제적인 인권 문제가 발생하지 않은 것도 아니었다. 미국에선 인종 차별이 만연했고, 소련은 전체주의적 비밀경찰 국가였으며, 영국과 프랑스를 비롯한 유럽 국가들은 식민지를 계속 경영하고 있었는가 하면, 중남미는 대부분 독재로 점철되어 있었다. 어떻게 보면 대부분의 국가들이 조직적으로 인권 침해 행위를 일삼고 있었던 셈인데, 인권은 국제무대에서 관심을 끌지 못했다. 그 이유 중의 하나는 인권을 한 국가의 주권 문제로 여기는 당시의 관행이었다. 내정 불간섭(nonintervention)을 주권(sovereignty)에 대한 승인과 예우라고 생각해, 다른 나라의 인권 문제에 간여하는 것은 내정 간섭이자 주권 침해를 의미했다.

그러나 나치스의 만행과 2차 세계 대전을 통한 쓰라린 경험은 인간과 국가에 대한 인식을 달리하게 했다. 진정으로 국제 사회의 평화 유지를 위한 집단 안보 체제가 필요하다고 느끼게 됐다. 1941년 1월 미국 대통령 프랭클린 루스벨트는 의회에 보내는 연두교서에서 자유의 중요함을 되풀이했다. 자유란 세상 어디서든 인권이 지배하는 것을 의미한다고 했다. 그리고 세계 평화와 인권을 위한 국제기구 수립의 움직임이 이어졌다. 1945년 4월부터 샌프란시스코 강화 회의에서 유엔과 관련한 기본 사항들이 의제가 되었고, 10월 24일에 유엔 헌장(Charter of the United Nations)이 선포됐다.

유엔 헌장은 인권 선언은 아니지만 인권에 관해 언급했다. 제1조 제3항에서 「인종, 성별, 언어, 종교의 차이를 불문하고 모든 인권과 기본적 자유를 증진하고 촉구하기 위한 국제 협력」을 목적으로 내세웠다. 유엔 총회와 경제 사회 문제의 국제 협력에 관한 조항에서도 인권이란 용어를 되풀이 사용했다.

파. 세계 인권 선언

유엔을 창설하고 난 뒤 인권 문제는 경제사회이사회가 맡도록 했다. 경제사회이사회는 인권 분야의 임무 수행을 위해 인권위원회를 구성해야 했다. 그러나 작업은 순탄하지 않았다. 인권의 정의부터 논란의 대상이었다. 자유주의 사상과 마르크스주의의 대립, 종교에 따른 관념의 차이 때문에 우여곡절을 겪었다. 청원권, 소수 민족의

권리, 억압에 대한 저항권은 아예 내용에서 제외되고 말았다. 유고슬라비아는 유엔 헌장의 부속 영토에 대한 적용 문제를 제기했다. 유엔은 국가들의 연합이므로, 독립된 영토가 아닌 통치 지역이나 식민지에 거주하는 사람에게는 선언의 효력이 미치지 않는 것처럼 되면 곤란하다는 것이었다. 그때 프랑스의 르네 카상이 문서의 제목을 국제 인권 선언(International Declaration of Human Rights)에서 세계 인권 선언(Universal Declaration of Human Rights)로 바꿔 해결하자고 제안했다. 즉시 열광적인 지지를 얻었다 유네스코 한국위원회, 『인권이란 무엇인가』, 오름(1995), 72쪽.. 마침내 세계 인권 선언이 확정되는 순간이었다.

1948년 12월 10일 유엔 총회에서 8개국이 기권하고 표결에 참여한 48개국 대표 전원의 찬성으로 공식 채택한 세계 인권 선언은 세계 모든 국민들과 국가들이 성취해야 할 인권의 공동 기준을 마련한 것이다. 하지만 그것은 그야말로 선언에 불과한 장식일 뿐 조약이 아니었다. 규범적 효력을 갖는 세계 헌법으로 기능할 힘이 없었다.

그리하여 국제법으로서 구속력이 있는 구체적 인권 규범의 필요성은 절실한 것이었다. 그 숙제는 거의 30년이 지나서 완성할 수 있었다. 1966년 12월 채택하여 1976년 3월부터 발효하는 두 개의 규약이 탄생했다. 하나는 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국제 규약인데, 흔히 A규약 또는 국제 사회권 규약이라고 한다. 다른 하나는 국제 자유권 규약인 시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약이다. 물론 B규약이라고도 부른다. 이 규약에 가입한 국가는 규약의 내용을 이행할 의무를 진다. B규약에는 두 개의 선택 의정서가 붙어 있는데, 국가 사정에 따라 선택할 수 있도록 한 정치적 배려의 결과다. 이 두 규약으로 인해 세계 인권 선언은 애초에 의도했던 것보다 훨씬 중요하고 실질적인 위상을 가지게 됐다.

4. 인권 운동의 흐름

미국과 프랑스의 혁명을 계기로 봉건적 권위주의의 틀을 깨뜨리면서 인간의 보편적인 권리를 선언하기에 이르렀다. 따라서 인권을 의식한 본격적인 운동은 그 이후에 시작될 수밖에 없었다. 세계사에서 인권 운동이란 지역에 따라 그 사회가 당면한 갈등과 쟁점을 중심으로 면면히 이어져 오면서, 그 움직임이 다른 국가와 사회의 인권 의식에 영향을 미쳤다. 따라서 인권 운동은 오늘날 세계인이 인권을 공통의 가치로 인식하고 받아들이게 된 데 크게 기여했다고 평가할 수 있다.

가. 노예 해방 운동

프랑스는 혁명과 함께 노예제를 폐지하여 스스로 자부심을 가지게 되었다. 하지만 나폴레옹이 집권하자 프랑스 식민지에서 노예제를 부활하고 말았고, 노예제 폐지 운동의 주도권은 영국으로 넘어가게 되었다. 노예무역의 참혹한 실상은 인종주의자까지 노예제 폐지를 외치게 만들었고, 영국은 1807년 노예무역을 폐지한 뒤 1833년 노예폐지법을 통과시켰다. 영국의 정책 변화에 영향을 받아 베네수엘라, 아르헨티나, 칠레, 멕시코, 페루가 차례로 노예제를 폐지했다.

미국의 노예 문제는 남북 사이의 국내 문제화하여 양상이 복잡했다. 1860년 노예폐지론자 링컨이 대통령에 당선되고 남북전쟁에서 북군이 승리하면서 노예제 폐지에 결정적 전기를 마련하게 되었다. 중앙아시아 일대에선 16세기 이후 노예제가 농노제로 전환되었고, 19세기에 접어들어 러시아 황제 알렉산드르 2세가 근대화 작업의 하나로 농노 해방에 착수하였다. 그런 영향으로 중국과 한국에서도 노예 또는 노비 제도가 공식적으로 폐지되기에 이르렀다.

나. 참정권 운동

혁명이 일어나고 민주적 정부가 들어서곤 했지만 선거권은 여전히 남성의 일부에게만 인정됐다. 일정한 재산을 가지고 납세 실적이 있어야 투표권을 행사할 수 있었다. 그런 분위기에서 정치적 관심을 가장 먼저 드러낸 곳은 영국이었다. 잇따른 유럽의 혁명의 기운에 못이겨 영국 보수층은 1832년부터 남성의 참정권을 조금씩 확대하기 시작했다. 프랑스는 1848년11월 새 헌법으로 20세 이상의 남성에게 모두 투표권을 주어 세계 최초로 남성의 보통선거권을 실현했다. 하지만 1850년 다시 재산에 따른 자격 제한 규정을 도입했다. 미국의 참정권 확대 운동은 1950년대에 흑백 차별 철폐 운동의 일환으로 전개되었다.

다. 노동 운동

노예제 폐지가 완결될 즈음 의미심장한 시사점이 있었다. 노예의 신분을 없앤다고 노동자의 참상이 사라지느냐 하는 문제였다. 노예제 폐지는 인권 의식의 발현에 힘입은 바 크긴 하지만, 과학의 발달로 인한 기계화와 자유노동자의 품삯이 노예보다 더 싼 현실 때문이기도 하였다. 노예가 아닌 하층 노동자의 실상은 노예보다 더 참혹한 경우가 많았다. 노동자들은 생존을 위하여 투쟁할 수밖에 없었고, 국제노동기구

나 사회주의 정권에 기대를 걸기도 하였다. 노동운동의 단계적 결과로 사회보장, 직업선택의 권리, 동일 노동에 대한 동일 임금 원칙, 노동조합 결성을 비롯한 노동권, 휴식과 여가, 인간다운 생활의 최소 보장 등을 인권 장전이나 헌법 또는 법률에 명기하게 되었다.

라. 여성의 권리 운동[75]

여성의 권리를 위한 운동은 역시 여성의 참정권 확보 운동에서 시작하여 여성의 지위 전반에 관한 페미니즘 운동으로 전개되었다. 여성은 국가 사회 내에서 일정한 경제적 역할을 담당하였음에도 불구하고 선거를 할 수 없었다. 심지어 남성의 참정권이 완전히 보장될 때까지 기다려야 한다는 주장까지 있었다. 초기의 여성 참정권 운동은 뉴질랜드(1893), 오스트레일리아(1902), 핀란드(1906), 노르웨이(1913) 등에서 승리를 거두었다. 이제 여성 운동은 여성이 남성에 대응한 성이 아니라 하나의 인간으로서 아무런 차별을 받지 않고 자신의 잠재적 능력을 펼칠 수 있는 사회의 건설을 목표로 하고 있다.

마. 그 밖의 인권 운동

그 밖의 인권 운동으로는 아동의 권리 운동, 소수 민족의 독립 또는 자기결정권 확보를 위한 운동, 동성애자 또는 장애인들과 같은 사회 소수자의 운동, 건강하게 살 권리 실현을 위한 환경 운동, 반전 평화 운동, 빈민 운동 등을 들 수 있다.

5. 인권 이론과 쟁점

인권 이론은 인권의 역사 단계에 따라 체계화되었고, 환경의 변화에 따라 새로운 쟁점이 추가되었다. 정치적 상황까지 고려하면 인권의 개념부터 인권의 실현 방안에 이르기까지 수많은 논점이 도사리고 있고, 그에 관한 서로 다른 이론이 형성되어 있다. 여기서는 인권론에서 가장 빈번하게 논의되는 대표적 쟁점 몇 가지를 예시하여

75) 페미니즘과 인권에 관한 상세한 설명은, 조효제, 『인권의 문법』, 후마니타스(2007), 137쪽 이하 참조.

문제를 제기하여 두기로 한다.

인권과 자연법 또는 자연권은 어떠한 관계에 놓여 있는가 하는 문제는 인권에 관한 논의의 출발점에 있다. 그러면서 다른 한편으로 현재의 과제를 해결하는 데에서도 논쟁의 대상이 되고 있다. 인권은 자연법 사상에서 비롯한 것이라는 믿음은 여전하기 때문에, 그렇다면 인권은 실정법이나 제도와 관계없이 주장할 수 있고 또 실현이 가능한 권리인가라는 물음에 적절히 대답할 수 있어야 한다.

인권과 헌법의 기본권은 어떠한 관계에 있을까. 인권, 기본권, 기본적 인권이란 용어는 같은 말인지 다른 의미를 지니고 있는지 의견이 분분하다 용어의 구분에 관한 상세한 해설은, 정종섭, 『기본권의 개념』, 금붕어(2007), 6쪽에서 11쪽까지 참조.. 기본권의 역사는 인권 사상에서 유래한다는 표현도 있다 허영, 『한국헌법론』, 박영사(2001), 195쪽.. 헌법은 기본권이란 이름으로 인간의 모든 권리를 보장할 뿐만 아니라, 헌법에 열거되지 않은 권리까지 실현되어야 한다고 말한다. 그렇다면 인권은 결국 헌법과 법률이 보장되는 권리에 포함되고 마는 것처럼 여겨질 수 있다. 그렇다면 법원이나 헌법재판소는 인권의 의미를 최후로 확인하고 확정하는 기관인가? 헌법이 미처 생각하지 못한 인권의 범주에 드는 권리가 있다면 그러한 권리의 보장과 실현은 어떻게 가능한가?

현대적 인권 개념, 보편적 인권관은 유럽의 역사와 사상에서 비롯한 것이라고 정리할 수밖에 없을까. 다시 말하면, 현대적 인권 개념의 유럽 기원설은 명백한 것인가, 아니면 유럽에서 발전한 인권 개념은 하나의 모델이었을 뿐일까?

현대의 자유주의적 인권관에 사회주의적 인권관이 어느 정도 영향을 미쳤는가 하는 문제는 논란의 가운데에 있다. 사회주의 사상은 인권과 무관하거나 인권을 전혀 보장할 수 없다는 견해가 있는가 하면, 사회주의와 인권은 얼마든지 상호 소통이 가능하다는 주장이 맞서 있다 조효제, 앞의 책, 137쪽 이하 참조.. 인권 담론의 발전 과정에서는 물론, 현재 자유주의 인권관 속에도 이미 사회주의 사상의 공헌과 영향은 부정할 수 없다 미셸린 이샤이, 앞의 책, 44쪽.. 아울러 분배의 정의와 재산권의 보장과 한계는 어디까지며, 어느 정도의 재산권 제한이 사유재산제도를 침해한다고 말할 수 있는지 고민할 이유가 있다.

민족주의적이고 문화적인 인권관은 가능한가? 다시 말하면 문화상대주의와 보편주의의 주장 중에서 어느 편이 옳은가? 인권의 보편성과 특수성의 문제는 가장 오래된 딜레마 중의 하나다. 우리 현실에서는 북한 인권 문제와 관련하여 우리나 서구의 보편적 기준을 들이댈 것이냐, 북한의 특수성을 인정할 것이냐를 토론해야 한다. 나아가 제3세대 인권이라 불리기도 하는 연대권, 즉 인민의 자결권도 해결해야 할 많은 문제를 담고 있다. 독립을 주장하며 분쟁 중인 소수 민족들의 현실도 빠뜨릴 수 없다.

마찬가지로 인권의 불가분성 문제도 빠뜨릴 수 없다. 인권의 실현에는 국가의 사정에 따라 단계가 인정될 수 있는가? 아니면 자유권과 함께 사회권도 반드시 동시에 실현되어야 하는가? 마지막으로 세계화 혹은 지구화의 새로운 조류는 인권 실현에 도움이 되는가, 아니면 방해가 되는가? 지구적으로 확산되는 빈부의 격차 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 새로운 과제를 안아야 한다.

토론 주제

1. 인권의 개념은 고정된 것인가, 아니면 우리가 만들어 가는 역동적인 것인가?
2. 유럽과 미국의 권리장전의 역사는 현재의 인권 논의에 어떤 영향을 미치고 있는가?
3. 서양에서 탄생한 현대적 인권 개념의 중심을 형성하고 있는 사유재산권의 보장은 어떤 의미를 지니고 있는가?
4. 세계적이고 보편적인 인권 실현의 시도가 특정 국가의 내정에 미치는 영향은 무시해도 좋은가?
5. 인권 운동 단체가 중심이 된 인권 운동의 장점과 단점은 무엇인가?

참고자료

1. 주디스 버틀러, 『안티고네의 주장』, 조현순 역, 동문선
2. 존 길링엄/대니 댄지거, 『1215 마그나카르타의 해』, 황정하 역, 생각의 나무
3. 토머스 페인, 『상식, 인권』, 박홍규 역, 필맥
4. 미셸린 이샤이, 『세계인권사상사』, 조효제 역, 길
5. 조효제, 『인권의 문법』, 후마니타스

법과 인권

정정훈 (공익변호사그룹 공감 변호사)

1. 법의 두 얼굴



검사 하비덴트


켄타로우스

법 = 강제력 + 동의

- 마키아벨리의 반인반수(半人半獸)
- 그람시의 헤게모니
- 디케(Dike)의 칼과 저울

○ 그람시의 강제와 동의'의 결합에 대한 인식. 마키아벨리의 반인반수(centaur). 힘과 동의, 권위와 헤게모니, 폭력과 문명, 개인적인 계기와 보편적인 계기, 선동과 선전, 전술과 전략 등의 차원(김현우, 『안토니오 그람시』) 헤게모니는 한 계급이 단지 힘의 위력으로써만이 아니라 제도, 사회관계, 관념의 조직망 속에 동의를 이끌어냄으로써 자신의 지배를 유지하는 수단. 성공적인 헤게모니는 지배계급의 이해(利害)를 표현할 뿐만 아니라 종속집단인 피지배계급으로 하여금 이러한 지배를 자연스러운 것, 또는 상식적이며 자명한 것으로 받아들이게 할 수 있다는 것. 헤게모니의 기초는 단지 경제에만 국한되는 것이 아니라 모든 사회의 문화생활 속에 존재하는 통합적 관계망이라고 생각.

○ **'권력의 법치' -** "배트맨은 법치를 선택한 것일까"

배트맨은 고뇌 끝에 이중성의 가면을 버리고 '법치'라는 방법을 선택한 것일까? 그러나 근본적으로 '영웅에 의한 법치'는 없다. 법치는 법에 의해 권력을 통제하는 시민들의 정신이다. <다크 나이트>에서 법치를 이야기하자면, 하비 덴트가 '투페이스 하비'가 될 수 없도록 하는 것, 권력의 속성에 내재하는 악의 경향성을 통제하는 것이다. 권력이 악과 싸운다는 명목으로 악으로 전화하지 않도록 권력을 통제하는 것, 그것이 법치다.

그런 관점에서, 괴물로 변한 권력을 은폐한 배트맨의 선택은 오히려 법치의 정신에 반하는 것이다. 시민들은 괴물로 변한 권력을 기억해야 한다. 권력과 괴물의 두 얼굴이 하나의 뿌리일 수 있음을 기억하고, 그 기억을 정치화하는 것이 필요하다. 그 불행한 결말을 기억하는 시민들에 의해서 정의와 평화가 회복될 것인지는 열려진 결말이다. 배트맨은 진실을 조작하고 기억의 기회를 차단함으로써, 결과적으로 다시 영웅으로의 귀환을 노리고 있는 것인지도 모른다. 속편은 계속되어야 하니까.(^^)

법은 종종 '가면 쓴 권력'이라는 조롱을 받아왔다. 배트맨은 가면을 벗어도, 권력은 언제든지 법이라는 보편성의 가면을 쓰고 행사될 수 있다. 권력이 주장하는 법치는 '가면 쓴 법치'일 뿐이다.

○ **동의 없는 법률 -** "받들어 법"

법의 특징은 사회적 동의를 기반으로 강제력을 지닌다는 점에 있다. 시민에 대한 국가의 강제력(폭력) 행사가 정당화되는 것은 사회적 동의를 전제로 한 법에 근거하기 때문이다. 그것을 '법의 지배'라고 부른다. 간단한 공식으로 설명하면 이렇다. "법=동의+강제력" 그렇다면 사회적 동의 절차가 무시된 법은? 답은 자명하다. 폭력이다. 동의 없는 강제력은 법률의 형식을 취하더라도 폭력이라 해야 마땅하다. 악법은 법이 아니다. 동의 없는 악법은 폭력에 불과하다.

○ **소크라테스**의 경우, 정당한 법률에 근거해 내려진 부당한 판결, 그리고 악법의 문제, '철학 포기 조건부 석방'

○ 국가와 조폭의 같음과 다름이라는 문제 - "충성맹세의 강요는 조폭 논리"

조직폭력 집단도 조직원 가입 절차에 충성 맹세를 강요한다. 정당성이 존재하지 않는 조직을 유지하려면 비판을 불허하는 맹세의 형식이 필수적일 터이다. 국가

권력의 정당성을 구성원의 자유·평등을 보장하고 배분적 정의를 달성하려는 국가적 노력과 사회적 합의를 통해 달성하는 것이 아니라 충성 맹세의 강요를 통하여 손쉽게 확보하려는 국가 철학은 빈곤하다. 국가는 맹세를 강요해 절대자의 자리를 넘보지만, 내게는 그러한 시도가 '조폭 논리'의 국가적 버전으로 읽힌다. '국민'을 '넘버 스리'로 만드는 충성 맹세 강요를 폐지하는 것만이 주권과 권력의 정당성이 국민한테 있음을 선언한 헌법의 정신에 맞아든다.

○ **간통죄 논쟁**- "법의 과잉과 윤리의 빈곤"

간통죄 폐지 여부는 법과 도덕의 관계 문제로부터 접근해야 한다. 몸에 새겨지는 처벌의 효과로서만 사회의 성적 질서와 윤리를 지킬 수 있는가? 다산 정약용은 예(도덕)와 법의 긴장을 강조하며, 형벌의 근본은 삼가고 또 삼가는 데 있다고 설명한 바 있다. 그리고 현대의 법 논리는 이를 '형법의 보충성 원칙'으로 확립하고 있다.

간통죄에 대한 헌법재판소 합헌결정 과정에서 제시된 두 재판관의 반대 의견은 이 문제를 적절하고도 흥미롭게 지적한다. "처벌에 대한 두려움이 윤리 도덕을 지키는 주요 동기가 된다면 그것은 오히려 윤리의식의 퇴보를 의미하는 것"이다.(1990년 재판관 김양균) "간음한 여자를 공개된 장소에서 돌로 치라고 했다는 율법에 대하여 '너희 중에 죄 없는 자가 먼저 돌로 치라'고 하여 반대한 것은 이 문제가 절도죄에 대한 처벌과 같은 차원의 문제가 아니라는 것을 상징적으로 드러낸다."(2001년 재판관 권성)

형법의 적용이 어둠속에 돌을 던져 버리는 무책임한 행위가 되지 않으려면, '도덕의 형법적 강제'라는 문제에 대한 깊은 고뇌가 담겨야 한다. 무릎으로부터 치마 길이를 재며 호통을 치던 오만한 국가가 가능했던 것도 도덕 문제를 법적인 강제 위에 가볍게 실을 수 있었기 때문이다. 도덕적 판단의 문제를 무분별하게 법적 강제의 문제로 바꾸는 것은 사회의 자유를 질식시킨다. 그리고 오늘의 윤리가 풍부하고 새롭게 규범화될 수 있는 가능성을 차단한다.

○ "그러면 나도 너를 죄인 취급하지 않는다. 가서 다시는 죄를 짓지 마라"(요한복음), "왜 혁명인가? 예수가 법의 근본 구성요소인 강제력의 필연성에 도전하고 있기 때문이다."(김욱, 『교양으로 읽는 법 이야기』, 67쪽)

2. ‘관계’로서의 인권, 그리고 법

○ “仁 = 人+人, 즉 인간관계, 인간人間을 사람人과 사람人의 관계로 이해하는 것. 관계가 존재”(신영복, 『강의』, 41쪽)

○ 피해자 - 가해자 인권?



“그렇기 때문에 보편적 인권 담론이 이런 인간과 인간 간의 비대칭성을 삭제한 채, ‘모두에게 인권이 있다’는 식의 이야기를 하는 것은 듣기에는 좋으나 아무런 해결도 하지 못하는 꽃노래로 그치게 된다. 뿐만 아니라 국가권력의 팽창을 우려하는 목소리에 묻혀 지금 여기 존재하는 사람들 간의 폭력을 어떻게 중재하거나 해결할 것인지에 대한 대답을 미루게 하는 지연의 계기로 작동하게 된다.”

“그러므로 가해자 인권에 대해서 이야기 할 수 있는(어쩌면 유일한) 윤리적인 자리는 자기 자신이 바로 그 범죄와 맺고 있는 관계를 인정하고, 피해자의 고통을 함께 책임지겠다는 태도를 통해서만 가능해질 것이다.“ (권김현영, 격월간 『사람』 33호)

○ 군포연쇄살인 사건의 경우

“인권은 무차별적으로 적용되어야 할 가치가 아니다. 옥소리에 적용된 가치를 성폭력범에게 그대로 적용할 수는 없다. 인권은 이렇듯 ‘상황’과 ‘관계’의 문제이다. 그리고 그 판단에는 필연적으로 ‘권력관계’가 개입한다. 유감스럽게도 인권은 하늘이 부여해준 것(천부인권)이 아니라 약자에 대해 강자가 보장하는 것이다. 그렇다고 강자의 선의지만으로 보장되지도 않는다. 약자의 요구와 투쟁을 통해 ‘권리’로서 쟁취되는 것이다. 국가인권위원회라는 독특한 위상의 독립 국가기구가 따로 존재하는 것도 최상위 권력인 국가가 삼권분립의 내부 견제장치만으로 약자인 국민의 인권을 보장할 수 없기 때문이다. 국가인권위원회는 약자의 (투쟁적) 요구와 이를 통한 국가의 (시혜적) 제도화라는 국가인권의 특성을 고스란히 반영하고 있는 기구다. 인권은 상황과 권력관계가 얽힌 상대적 가치이자, 그럼에도 권력에 맞서 일관되게 요구해야 하는 가치다. 인권의 보편성이란 가치기준으로서 보편성이 아

니라 약자의 권리를 확장하기 위한 지향적 과정으로서 보편성인 셈이다.”(안영춘, “유영철 사건 비사로 돌아본 ‘얼굴공개’”, 미디어스 2009년 02월 03일)

○ 가해자-피해자 틀에서 벗어나서 피의자-국가의 관점으로 문제를 포착해야함. 가해자-피해자 구도에서는 사회적으로 올바른 출구를 찾기 어려움.

○ 인권의 보편성 논쟁 - 히잡 착용 문제

세계인권선언 제1조 모든 인간은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다. 인간은 천부적으로 이성과 양심을 부여받았으며 서로 형제애의 정신으로 행동하여야 한다.

① “지난해 말 미국 조지아주의 한 지방법원에서는 법정에서 히잡을 벗지 않았다는 이유로 판사가 무슬림 여성에게 징역 10일을 선고해 논란이 빚어졌다.”, ② “2004년, 프랑스에서 공립학교 교내에서 무슬림 여학생들의 히잡 착용을 금지하는 법이 제정됐다. ‘종교적 상징물 착용 금지법’에 대한 좌파와 우파의 입장 차이는 그다지 크지 않다.”, ③ “미국에선 이슬람 교도 경찰의 히잡 착용을 놓고 법정 공방이 한창이다. 연방 평등고용기회위원회(EEOC)는 지난해 12월 히잡을 쓰고 출근했다는 이유로 여자 경관을 해고한 필라델피아 경찰국을 상대로 소송을 제기한 상태다.”

○ 인권은 소외된 자들의 경험을 통해서 드러난다.(이상돈, 『인권법』), “보편주의가 아닌 ‘보편화 가능성’으로서의 인권을 모색하라는 가르침이 문화상대주의가 인권에 선사한 교훈”(조효제, 『인권의 문법』, 228쪽)

○ 성매매여성 - 법과 인권의 관계 1

#1. “지나치게 아마츄어적인 발상으로 성매매 특별법처럼 우리들이 원하지도 않는 법 조항을 제멋대로 고쳐 마치 성노동자들의 ’인권’을 대단하게 보호하는 양 왜곡하지 않으면 좋겠다.” 국가인권위원회가 2007년 2월 26일 보건복지부의 에이즈 예방법 개정안과 관련, 성매매 여성에 대한 에이즈 검진 의무화 조항을 삭제하는 내용을 포함한 권고 결정을 하자, 민주성노동자연대(민성노련)는 성명서를 통해 국가인권위원회를 위와 같이 강도 높게 비판했다.

당시 나는 인권의 관점에서 에이즈예방법 개정안을 마련하고 공론화한 공동행동

에 참여하고 있었다. 강제검진 문제에 대한 공동행동의 입장은 분명한 것이었다. ‘성매매 여성들에 대한 강제검사를 통해 예방효과를 달성할 수 있다는 믿음은 근거 없는 환상에 불과하며, 오히려 역효과를 가져올 뿐이다. 폐지돼야 하는 것은 ‘강제’검진이며, ‘강제’검진을 폐지함으로써 자신과 타인의 건강을 함께 고려할 수 있는 자발적 ‘검진’의 기회와 조건이 확대·개선될 수 있다‘는 것이 논의 과정의 결론이었다. 그리고 국가인권위원회의 권고는 공동행동이 공론화한 이러한 입장을 상당 부분 반영한 것이었다.

강제검진 문제에 대한 생각은 그때나 지금이나 변함이 없다. 그러나 인권은 결론이기 이전에 과정이어야 했다. 당시 민성노련의 성명서는 아프게 다가왔다. “우리 성노동자들의 인권침해를 고려했다면 당사자들을 대상으로 공청회 같은 사회공론화 과정이 먼저 있었어야 했”다는 비판은 인권을 말하는 방식의 중요성을 지적하는 것이었다. 기존의 법에서 배제되었던 에이즈 감염인 당사자의 목소리를 법에 담고자 했으나, 그 과정에서 또 하나의 소외된 목소리에 귀 기울이지 못했던 것이다. 법으로 차이의 목소리를 담고자 했으나, ‘차이들의 차이’마저는 온전하게 고려하지 못했던 하나의 에피소드다.

#2. “성매매방지특별법은 법과 인권의 관계를 다시 생각하게 한다. 이 법은 성노동하는 여성들의 인권을 보호하겠다는 보호법과 여성들의 성적 서비스를 사는 성구매자, 알선업자 그리고 업주들을 처벌하겠다는 처벌법으로 이루어져 있다. 여성가족부와 성매매를 반대하는 여성단체들은 처벌은 강화되어야 하며 여성들은 보호되어야 한다고 생각한다. 이런 생각의 바탕에는 성매매 하는 여성들은 피해자이고, 비록 스스로는 자발적 노동이라 해도 실은 강제로 그 일을 하게 된 자들이라는 전제가 깔려 있다.
다시 말하면 이 여성들은 인권을 침해당하고 있다는 것이다. 이들이 인권을 침해당하기 때문에 법을 제정하고 법으로 이들을 보호하고 이들을 괴롭히는 자들을 처벌하겠다는 것이 이들의 논리인 것이다. 이 논리는 그 자체 문제점을 안고 있다. 누구의 인권을 말하고, 누가 인권을 말하는가를 질문하는 순간 이 논리의 모순이 드러나기 때문이다.”(고정갑희, 「성매매방지특별법이 ‘보호’하는 인권은 누구의 인권인가?」, 2006. 10. 공감 뉴스레터)

○ 성전환자특별법 - 법과 인권의 관계 2

“ 아들을 딸로 인정하겠다는 아버지의 확인도 법원에 제출해야 한다. “가드 올리고



상대방 주시"하라던 마초적 가부장인 아버지가 "호적 파가라"고 버럭 성을 내버리면 일이 어려워진다. 사회적 편견이 가족질서 안의 권위라는 형식으로 드러나는 경우에도, 법은 그 편견의 부당함을 단호하게 확인해야 한다. 그리고 사회적 편견 자체를 적극적으로 해소해 나가는 구실을 하여야 한다. 그러나 법원은 가부장적 권위에 법적 정당성을 종속시킨다. 부당한 '아버지의 법'을 '큰 아버지의 법'(대법원 지침)으로서 확인하고 있을 뿐이다. 쓸쓸하다."("천하장사 마돈나, 그 이후")

#1. 성별정정을 허가한 대법원 최초의 결정인 대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42결정은 사회적 소수자의 인권을 한 단계 진전시켰다는 평가를 받기도 하고, 창조질서를 선언한 '말씀'으로는 성전환자의 성별 정정을 인정할 수 없다는 종교인 등의 공격의 대상이 되기도 하는 등 사회적 쟁점의 대상이 되었다. 그리고 그 쟁점의 가운데서 대법원은 2006. 9. 6. '성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침'(대법원 호적예규 제716호)을 제정하여 위 결정의 내용적 의미를 스스로 제한하고, 제한된 의미를 법률적 근거 없이 일반화함으로써 **찬반양론에 걸친 위헌적인 줄타기**를 시도한다.

위 지침을 통하여 "법은 보호할 가치가 있는 정조만을 보호한다"는 1950년대의 기묘한 논리가 성전환자 성별정정의 문제에 대하여 다시 변주되고 있다는 인상을 지우기 어렵다. "법은 보호할 가치가 있는 성전환자의 성별만을 전환한다." 더욱이 우려되는 것은 성별, 나이, 결혼, 전과, 질병, 신용불량 등 한국 사회의 대표적인 사회적 배제의 분할선들이 중층적으로 촘촘하게 이른바 진성(?)의 성전환자를 걸러내는 기능을 하고있다는 점이다.

대법원 지침을 통해서는 한국 사회의 법과 제도에 대하여 고통스러운 절규로서 존재의 인정을 주장해온 살아 숨 쉬는 구체적인 인간을 발견할 수 없다. 대법원은 입법의 공백을 우려하는 '법적 안정'이라는 명분으로, 구체적인 현실 관계 속의 성전환자들을 '지침'이라는 틀에 넣어 고통없이 편안하게 동일한 형태로, 벽돌 찍어내듯 찍어내겠다는 동일화하는 권력의 의지를 드러내고 있다. 지침을 통해 기존의 결혼, 가족, 신분등록제도의 안정성을 확보하고자하는 대법원의 고려는 과잉되게 확인할 수 있는 반면, 구체적 인간 존재의 근원을 결정하는 판단의 중요

성에 대한 대법원의 고민을 읽어낼 수 없다. 대법원 지침이 줄타기를 시도하는 자리가 바로 이 지침의 한계 지점이다.

#2. **N개의 성? 그리고 법**

"그런데 본 법안이 정의하는 성전환자는 수많은 성전환자 중에서 '일부분'만 지시한다. 본 법안이 '성전환증'과는 차별적인 거리를 두면서 그들의 개인적 가치관을 비정상성이나 질병으로 규정하는 것에 대해 우려를 표명하고 있음에도 말이다. 특히 성전환자의 주관적 요건을 공부상의 성이 자신의 진정한 성이 아니라고 확신하는 상태로 정한다고 설명하고 있다.

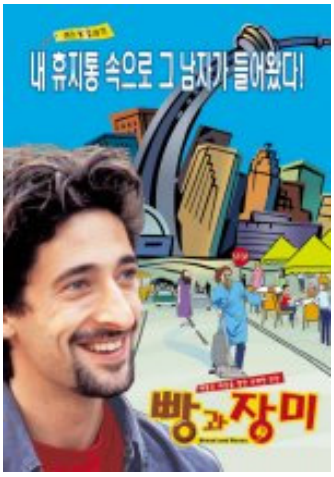
그렇다면 다양한 방식으로 젠더를 실천하는 자들, 성전환자라는 주관적 요소와 의학적 판단기준은 항상 만나는가? 만약 만나지 않는다면 누구의 판단이 우선인가? 또한 제3조의 1항의 의사 2인 이상은 누가 어떻게 정하는 의사인가? 결국 본 법안이 성전환증과는 차별적인 거리를 두면서도 의학적 판단기준(제 2조의 성전환자 정의를 의학적 조치를 받고 있거나 받은 사람으로만 규정)을 중요한 요건으로 제시하는 이유는 무엇인가? 또 이미 혼인관계 여부를 중요한 기준으로 적시한 이유는 무엇인가? 성전환자의 인권보장이 이 법안의 목적이라면 의학적 기준의 상대화와 함께 성전환에 대한 주관적 요소를 고려할 수 있는 다른 기준들이 제시되어야 할 것이다."(변혜정, 성전환자특별법 공청회 토론문, 2006. 6. 21.)

- 성전환자의 '법'적인 성별을 변경하는 기준(성 결정 방식)

① 성결정방식	② 젠더결정방식	③ 성 자기확인방식
(sex determination)	(gender determination)	(gender self-identification)

○ 불법체류자 vs 미등록이주노동자 - 법과 인권의 관계 3

" 내일의 빵으로는 나는 살 수가 없다." 검은 영혼의 시인 랭스턴 휴스는 이렇게 '내일'이라는 장밋빛 미래의 약속을 거부하고, 단호하게 '오늘의 자유'를 선언했다. 대선 정국이 한창이다. '오늘의 자유'가 없는 사람들에게 공약으로 제시되는 '내일의 약속'들이 넘쳐난다. 그런데 유독 '오늘의 자유'도 '내일의 빵'도 없는 예외적 존재들이 있다. 우리가 쉽게 존재 자체를 불법으로 규정해버리는 미등록 이주자들이 그들이다. 그들은 한국에 들어올 때는 '외국 인력'이었고, '불법 체류자'가 되



어 살아가거나 내보내진다. 노동력을 부르면 '사람'이 함께 들어오고, '사람' 자체는 합법·불법의 대상이 될 수 없다. 그러나 '외국 인력'과 '불법 체류자'라는 규정 사이에서 우리는 살아 숨쉬는 '사람'을 보지 못했고, 보지 않았다."(미등록이주노동자의 빵과 장미")

#1. '불법체류자'라는 규정은 메마른 법의 언어, 행정의 언어다. '체류'가 '불법'이므로 그 '불법'은 행정적인 처분의 대상일 뿐이다. 사람 자체가 불법/합법의 대상일 수 없으나, '사람'을 '체류'의 관점으로 한정함으로써 건전지 '폐기처분' 하듯 간단히 '행정처분'할 수 있는 대상으로 바꿔 놓는다. 합법과 불법의 경계를 통해 구체적인 '사람'을 지워버리는 것, 그것이 '불법체류자'라는 규정이 수행하는 행정의 전략이다. '불법체류자'라는 규정 하에서 우리는, 다 쓴 건전지를 폐기처분하는 수준 이상의 인식과 실천을 얻기 어렵다.

반면 '미등록이주노동자'라는 규정을 통해 우리는 다른 인식과 실천의 가능성을 발견할 수 있다. '노동'하는 육체의 건강함과 고단함을 생각할 수 있고, 우리 바깥에 존재하는 '외국인'이 아니라 이미 우리 안에 '이주'해서 살아가는 '이웃'의 모습을 읽을 수 있다. 그리고 '미등록'이라는 특수성으로 인해 그들에게 더해지는 곤궁한 처지를 되살펴 볼 수 있다. 무엇보다도 존재 자체를 간단히 '불법'으로 규정하는 위험에서 빠져 나와, 지금 여기에서 살아가는 구체적인 '사람'과 만날 수 있다.("불법체류자라는 말부터 버리자!")

#2. 불법체류자(법) : 미등록이주노동자(인권)의 풀리지 않는 도돌이표

○ **관계, 경계, 그리고 법 - 망치 들고 법학하기** ("관계를 위해 망치를")

법과 제도의 핵심은 **'관계'**를 설정함에 있어야 한다. 그러나 합리성이 존재하지 않는 법과 제도는 관계의 가능한 조건을 만들어내기보다는 부당한 '경계'를 생산하고 폭력적으로 고착시킨다. 법이 새로운 **'경계'**를 인위적으로 설정하거나 부당한 관습적 경계의 존재를 법적으로 확인하는 것은 주로 경계 내부의 안전을 위해 경계 외부를 배제하기 위함이며, 따라서 그 경계의 자리에는 법적·제도적 우상이 세워지곤 한다. 우상이 세워진 경계의 자리에는 상호 간의 능동적 작용을 통하여

스스로를 실현할 수 있는 관계의 지평은 사라진다.

이렇듯 촘촘하게 짜인 '경계' 내부에서 '관계'를 희생한 대가로 '우리'는 안전하지만, 그 안전은 동굴 속의 안전에 불과하며, 개별적 인간의 존엄을 희생하여 집단적 목적을 달성하려는 전체주의의 어두운 그림자가 동굴 속에 드리워져 있다. 구체적 관계 아래서 절대적 타자란 존재할 수 없기에 배제의 결과와 전체주의적 일상의 문제는 언제나 '우리'의 문제다. 그럼에도 '강 건너 불구경'이 계속되는 것은 **관계를 단절시키는 경계**로 말미암아 경계 너머와의 소통은 물론이고 경계 내부에서의 소통마저 왜곡되기 때문이다.

니체의 저작 <우상의 황혼>의 부제는 '망치 들고 철학하기'이다. 법과 제도의 영역에서 우상을 대면할 때 준법의 논리로 구체적 고통을 외면하거나 법보다 주먹이 가깝다는 논리로 '주먹'을 앞세우기 이전에, 우상을 향해 '망치'를 들고 법적 정당성을 의문에 부치는 단호한 인식의 점검이 필요하다. 법과 제도의 영역에 존재하는 우상들은 그 외견상의 견고함에도 불구하고, 실제적인 합리성의 기초는 매우 취약하다. 제한된 대의제적 한계를 넘어서 일상의 삶에서 입법자가 되어 현실을 대면할 수 있다면 법적 우상들은 스스로 그 기초를 잃고 무너질 것이다. 부당한 경계를 해체하여 관계를 구성하고, 경계 내부의 보편성 확립을 통하여 경계 너머의 가능성을 여는 것은 관계의 길인 우리들의 '공감'하는 능력에 달려 있다.

3. 대화로서의 법과 인권



"2002년 한국 영화가 낳은 문제작 중의 문제작 '복수는 나의 것'(감독 박찬욱). 지독히도 잔인한 방법으로 딸의 복수를 감행한 동진(송강호)이 한숨을 돌릴 즈음, 불현듯 나타난 중년의 네 사내들에 의해 무자비하게 살해당한다. 그런데 동진은 죽어가면서 자신의 **가슴팍에 꽂힌 판결문(?)**을 읽으려 무던히도 애쓴다. 거기서 예상치 못한 썰렁한 웃음이 유발된다. 그리고는 그는 무언가를 중얼거린다. 도대체 무슨 말을 하고 싶었던 걸까. 그 코믹한 그로테스크함이 전에 맛보지 못했던 짜릿한 전율을 안겨준다."(씨네마조선, 2003년 01월 07일)

○ **법률비평가는 왜 없는가?**

"나는 오늘의 사법적 현실에서 가장 필요한 것 가운데 하나가 이른바 '판례 비평'이라고 생각한다. 오늘의 법적 현실을 보면 판례에 대한 '해설'은 난무하지만, 이에 대한 체계적인 '비평'은 부재한다. 사회의 여타 부문의 담론에서는 비평의 기능이 활성화되어 있는데, 왜 법률 영역에서는 판례에 대한 비평적 기능이 실종되었는지 모르겠다.

우리 사회에는 많은 수의 예술비평가도 있고 경제비평가도 존재한다. 그런데 삶의 가장 구체적인 국면에서, 개인과 집단의 이익과 손해를 수시로 판단하게 되는 판결에 대한 예리한 검토 작업을 담당하는 법률비평가는 존재하지 않는다. 누군가 이 전인미답의 영역에 등장해 법의 정의에 대한 기탄없는 분석과 비평을 해준다면 좋겠다. 법원을 들락거리다 보면, 이런 생각을 가끔 하게 된다."(이명원, 한겨레, 2007. 8. 22.)

○ 세종이 한글을 만든 직접적인 계기는?

○ "법학자는 진리를 추구하지만 법률가는 설득력에 관심을 둔다"(마셜 대법관)
법적 논증 과정(삼단논법)에 숨어서 판단자인 자신을 드러내지 않는 방식. 문제에 대한 고뇌와 결단, 그 근거를 모두 법적 논증과정 속에서 드러내야함.

○ 박철 판사의 판결문 - **"아름다운 판결문"**
"가장 세심하고 사려 깊은 사람도 세상사 모두를 예상하고 대비할 수는 없는 법이다. 가장 사려 깊고 조심스럽게 만들어진 법도 세상사 모든 사안에서 명확한 정의의 지침을 제공하기는 어려운 법이다. 법은 장래 발생 가능한 다양한 사안을 예상하고 미리 만들어두는 일종의 기성복 같은 것이어서 아무리 다양한 치수의 옷을 만들어 두어도 예상을 넘어 팔이 더 길거나 짧은 사람이 나오게 된다.

미리 만들어 둔 옷 치수에 맞지 않다고 하여 당신의 팔이 너무 길거나 짧은 것은 당신의 잘못이니 당신에게 줄 옷은 없다고 말할 것인가? 아니면 다소 번거롭더라도 옷의 길이를 조금 늘이거나 줄여 수선해 줄 것인가? 우리는 입법부가 만든 법률을 최종적으로 해석하고 집행하는 법원이 어느 정도 수선의 의무와 권한을 갖고 있다고 생각한다. 이는 의회가 만든 법률을 법원이 제멋대로 수정하는 것이 아니라 그 법률이 의도된 본래의 의미를 갖도록 보완하는 것이고 대한민국헌법이

예정하고 있는 우리 헌법체제의 일부라고 생각한다.
가을 들녘에는 황금물결이 일고, 집집마다 감나무엔 빨간 감이 익어 간다. 가을걷이에 나선 농부의 입가엔 노랫가락이 흘러나오고, 바라보는 아낙의 얼굴엔 웃음꽃이 폈다. 홀로 사는 칠십 노인을 집에서 쫓아내 달라고 요구하는 원고의 소장에서는 찬바람이 일고, 엄동설한에 길가에 나앉을 노인을 상상하는 이들의 눈가엔 물기가 맺힌다.

우리 모두는 차가운 머리만을 가진 사회보다 차가운 머리와 따뜻한 가슴을 함께 가진 사회에서 살기 원하기 때문에 법의 해석과 집행도 차가운 머리만이 아니라 따뜻한 가슴도 함께 갖고 하여야 한다고 믿는다. 이 사건에서 따뜻한 가슴만이 피고들의 편에 서있는 것이 아니라 차가운 머리도 그들의 편에 함께 서있다는 것이 우리의 견해이다."(대전고등법원 2006. 11. 1. 선고 2006나1846 판결)

○ 산드라 오코너 대법관, 판결문에 인용할 구절을 찾기 위해서 폴저 세익스피어 도서관에 자주 출입. 법의 세계는 그 자체가 글쓰기로 구성되어 있는 세계, 언어로 씌어진 법률이나 법조문을 언어로써 해석하고 법 적용의 결과를 역시 판결이라는 형태의 언어로 말하는 것, '법 텍스트에 대한 텍스트 작업'(차병직, 『글쓰기의 최소원칙』,「글쓰기 작업으로 구성되는 법의 세계」

○ **동어반복의 지옥**(김훈), **동어반복은 전체주의**(김현) - 동어반복의 문제는 법의 본질 문제와 연결(강제+동의)

○ "법이 인권을 권리로 안착시키는 제도로만 이해되는 것은 매우 협애한 이해이다. 법은 권리의 체계에 불과하지 않고, 바로 공론영역의 비판과 토론을 활성화시키는 촉매제로 기능한다."(이상돈, 『인권법』, 110쪽)

○ "우리가 들어야 할 것은 정보(情報)가 아니라 누군가의 "소리"이며, 소리는 앉아서 듣는 것이 아니라 소리 나는 곳으로 달려가야 한다."(신영복)

○ 법의 대화, 인권의 대화, 법과 인권 사이의 대화

4. 법과 정의 사이의 간극

○ 소송사회, 법과 정의의 분리

"서동진의 「소송하는 사회, 불평하는 주체」를 거칠게 정리하면 다음과 같다, 오늘날 법과 정의는 분리되었고, 더 이상 법은 정의를 표상하지 않는다. 단적인 예가 법률서비스를 (노골적으로) 상품화하는 로스쿨의 논리다. 이런 상황에서 '법대로 하자'는 말은 이전과는 다른 울림을 갖는다. 법과 정의에 억울함을 호소하는 느낌은 사라지고, 복잡하고 귀찮은 타인과의 윤리적 갈등을 (쿨하게) 회피하는 몸짓이 되어버렸다. 불평하는 주체들의 소송하는 사회에서의 법의 풍경이다. 법이 더 이상 정의의 윤리를 대표하지 않고(과소대표) 이해관계만을 대표(과잉대표)하듯이, 정치의 풍경도 마찬가지이다.

서동진의 '소송사회'에 대한 진단에는 중요한 통찰들이 빛난다. 그러나 나는 또 다른 방향에서 다르게 생각해 보고 싶다. 법과 선(善)의 관계에 대하여 들뢰즈는 다음과 같이 분석한 바 있다. 플라톤 이래 과거에는 선(정의, 윤리)이 법을 규정했지만, 칸트 이후의 근대에는 법이 선을 규정한다. '법으로부터 선이 도출되는 것이지 그 역은 아니다.'(『차이와 타자』, 서동욱) 법과 정의의 분리(단락)라는 서동진의 진단 역시, 법과 선의 관계에 대한 들뢰즈의 법 분석과 맥락을 같이하는 것으로 보인다.

그러나 내가 생각하기에 방점이 찍혀야 하는 지점은 법과 정의의 '분리'라기 보다는, 분리 이후의 전도된 관계다. 법과 선이, 법과 정의가 분리됨으로써 오히려 법 그 자체가 선이 되고, 정의가 되어버렸다는 점에 주목하여야 하는 것은 아닐까. 법이 윤리를 떠난 이해관계만을 대표하는 것이 아니라, 법이 이해관계를 윤리로 규정하고 있는 것은 아닐까. 소송사회는 이해관계가 윤리가 되고, 법이 정의로 인식되는 사회의 다른 모습은 아닐까."

생각의 차이는 서있는 자리가 다르고, 사회를 보는 방향이 다르기 때문일 것이다. 법을 통해서 세상을 바라보는 나는, 우리 (근대)사회의 가장 강력하고 상징적인 헤게모니는 '법'에 있다고 생각하는 편이다. 법을 '통한' 실천이 아니라, 법에 '대한' 실천이 무엇보다 중요하다고 믿는다. 상투적이만 여전히, 법이라는 매끄러운 정의의 형식이 은폐하는 이데올로기를 끄집어내는 것이 무엇보다 필요하다. 그래서 나는 오히려 법과 정의를 더욱 명확하게 분리시키는 윤리적 실천에서 소송사회에 대한 해답의 방향을 찾고 싶다.

○ **법은 사랑처럼?**

"으스대며 재판관은 말하네, / 분명하고도 엄격한 어조로.
법이란 내 항시 말하기에 / 짐작건대 그대들도 잘 알리라
한 번 더 되풀이해서 말하자면 / 법은 법이다.
(중략)
내 비록 완곡하게 / 유사점을 읊조리는 것으로
그대와 나의 헛된 꿈을 / 묻어 두려 하지만,
그래도 우리 자랑스럽게 말하리, / 법은 마치 사랑 같다고.

사랑처럼 어디 있는지 / 왜 있는지 알지 못하고
사랑처럼 억지로는 안 되고 / 벗어날 수도 없는 것. 사랑처럼 우리는
흔히 울지만 / 사랑처럼 대개는 못 지키는 것."

'법은 사랑처럼', 오든 [Auden, Wystan Hugh}

오든은「법은 사랑처럼」(Law Like Love, 1939)을 통해, '법'이라는 개념을 정의하는 일의 어려움을 지적하고 있습니다. '다양한 법의 개념과 속성을 압축된 언어로 제시했다'는 평가처럼, 오든의 시는 '법'을 바라보는 여러 시각을 경쾌하게 그리고 있습니다.

그러나 오든의 경쾌한 시어에도 불구하고, '법은 과연 사랑일까'라는 점에 대하여는 여러 생각이 교차합니다. 물론 법과 사랑은 많은 점에서 공통점을 발견할 수 있습니다. 오든이 '완곡하게 유사점을 읊조리는' 것과 같이 법은 '사랑처럼 어디 있는지, 왜 있는지 모르는 것, 사랑처럼 억지로는 안 되고 벗어날 수도 없는 것'이며, 사랑과 법이 모두 동어반복('사랑은 사랑이다', '법은 법이다')의 폭력성을 띄기도 합니다.

그리고 오든의 시와는 다른 측면에서, 법과 사랑의 유사성을 생각해 볼 수도 있을 것입니다. 가령 사랑의 열정에 빠진 사람들이 그 '사랑'을 온전히 드러낼 사랑의 언어(密語)를 찾지 못해 하얀 종이 앞에서 밤을 지새우듯이, '법'의 언어로 정의(justice)를 드러내는 것은 궁극적으로 불가능할 것입니다. '법과 정의 사이의 간극'이라는 고전적 문제의식은 근본적으로 언어의 제한성에 기인한 것입니다. 법을 통해 정의를 발견하려는 부단한 '해석의 노력'은 어쩌면 언어라는 바위를 굴리는 '시

지프스의 형벌'일 수도 있습니다. 그러나 사랑에 빠진 우리는 단호히 말합니다. 당신을 사랑하는 것이 '시지프스의 형벌'일지라도 나는 당신을 사랑할 것이라고.

누군가의 표현대로 사랑은 종종 '등을 바라보는 일'이 되곤 합니다. 사랑은 너무 늦게 오거나 너무 빨리 와서 사랑임을 알게 된 순간 대상은 그 사랑을 떠나고 없거나, 내 사랑을 아직 쳐다보지 않고는 합니다. 법도 마찬가지입니다. 법은 항상 늦게 옵니다. 삶의 구체성은 언제나 법보다 우선합니다. 법이 도착한 자리에 있던 삶은 이미 저만치 가 있고는 합니다. 삶과 법 사이의 시간차로 인한 술래잡기는 때로는 제 자리만을 고집하는 사랑의 집착이 될 수도 있고, 때로는 즐거운 사랑의 놀이가 될 수도 있습니다.

사랑의 열병을 치르는 과정에서 흔히 발견할 수 있는 '위태로운 삼각관계'도 마찬가지입니다. 사랑의 불안은 질투를 낳고, 그 질투는 사랑의 대상을 독점하려는 욕망을 낳습니다. 그 지배 욕망은 다시 지배를 가능케 하는 권력에 대한 욕망으로 변화해 갑니다.(이종영, 2001, 『지배와 그 양식들』, 새물결) 사랑의 삼각관계가 연애의 전형적인 트라우마인 것처럼, 법-정의-권력의 삼각형에는 불안과 질투, 배신과 복수의 드라마라는 전형이 잠재해 있습니다. '사랑의 지배' 혹은 '사랑을 빙자한 지배'를 경계하듯, '정의를 가장한 권력'과 '법의 지배'마저도 항상 경계하여야 하는 이유입니다. '사랑'에 눈멀어 '사람'을 보지 못하는 우를 범하듯, 법에 눈멀어 정의와 권력의 긴장을 살피지 못하는 잘못을 범하기도 합니다. 사랑으로 관계를 구속하는 일이 '사랑의 거짓'이듯이, 삶을 살핌으로써 법을 돌아보는 것이 아니라, 부당한 법으로 삶을 강요하는 '법의 지배'도 거짓입니다.

이 밖에도 사랑과 법의 은유 사이에 존재하는 많은 유사한 측면들이 이야기될 수 있을 것입니다. 그럼에도 불구하고, 오든의 '법은 사랑처럼'이라는 비유에는 쉽게 수긍하기 어려운 생각의 지점들이 있습니다. 사랑의 은유로 관계를 '낭만화'하는 '은유의 위험성'이 느껴지기도 합니다. 가령 사랑처럼 법을 운명의 자리에 배치하는 비유를 통해 가리워지는 관계의 구체성은 없는지, 오든의 시에서 '사랑'을 '권력'이라는 말로 바꾸어 시를 읽어보더라도, 시는 전체적으로 자연스럽습니다. 그리고 오든의 시가 사랑과 법의 관계에 들어있는 비이성적인 광기의 순간과 폭력성마저 온전하게 포착하고 있는지도 살피게 됩니다. 그리고 무엇보다도, 진정한 사랑의 의미가 '한계와 금기를 넘어서는 관계 맺기의 방식'이라고 할 때, 법은 과연 사랑일까? 아니면 실연의 상처일까? 또는 사랑의 알리바이(현장 부재증명)일까? 하는 부질없는 의문들이 솟아오르기도 합니다.

○ **‘존엄에서 생존으로’, 다시 ‘생존에서 존엄으로’**

독재의 사슬을 벗어나니, 시장의 굴레가 기다리고 있었다고 합니다. 97년 IMF 관리를 계기로 시장 우선적 자유주의, 이른바 ‘신자유주의’ 체제가 우리사회에도 확립된 것으로 평가됩니다. 97년 이후의 10년, 이제 대통령은 ‘주식회사 대한민국의 최고경영자(CEO)’를 자처합니다. 재벌기업이 ‘공화국’이 되고, 대한민국은 ‘주식회사’가 되어 서로의 자리를 열렬히 구애하고 있습니다. 권력은 기업이 지배하는 시장에 넘어갔다고 합니다. 사회적 가치들은 획일적으로 시장으로부터 나와, 시장에서 입증되고 있습니다. 경제 민주화를 규정한 헌법 제119조제2항을 헌법에서 삭제하려는 시도에서 확인할 수 있듯이, 시장의 권력은 헌법의 경계를 부담스러워하며, 국가와 헌법으로 하여금 시장의 ‘보이지 않는 주먹’이 되어 줄 것을 요구하고 있기도 합니다.

이렇게 시장의 전일적 지배가 확립되어 가는 과정에서 ‘인간의 존엄’이라는 핵심가치가 위협받고 있습니다. ‘기업사회’(김동춘), ‘모욕사회’(장은주), ‘속물사회’(김홍중), ‘불안사회’(고병권)라는 시대 진단이 공감대를 얻어가고 있습니다. 푸석한 욕망이 날을 세운 시장에서, 사회와 인간은 속물화되고 있다고 평가됩니다. 먹고 사는 문제는 오래 전에 해결했다는 이 사회에서, 경계의 바깥으로 내몰리는 삶이 증가하고 있습니다. 비정규노동자들과 같이, 삶의 안전과 지속성이 위협받는 이들에게는 ‘존엄’이 아니라 ‘생존’이 절박한 현실의 문제가 되고 있습니다. ‘88만원 세대’인 젊은이들은 인문의 정신을 고양하려는 노력보다는, 불안사회의 낙오자가 되지 않기 위해 ‘스펙’을 업그레이드하는 것에 매진합니다. 불안이 일상화된 사회에서 인간 존엄에 대한 총체적인 불감증이 확산되고 있습니다.

헌법 제정 60년, 세계인권선언 60년, 인간 존엄(인권)을 지키기 위한 제도적 노력은 분명히 역사적으로 진전되어 왔습니다. 그러나 인간에 대한 우리의 감성은 오히려 **‘존엄에서 생존으로’의 역주행**을 하고 있습니다. **‘제도의 진전과 정신의 축소’**로 평가되는 이 모순적 상황이 우리 사회 인권의 현주소가 아닌가 합니다. 이제 인권과 법은 이 근원적 상황을 질문하고, ‘다시 생존에서 존엄으로’의 길을 찾아나서야 할 때입니다. ‘존엄한 생존’을 위한 인권과 법의 역할이 무엇인지, 그 근본을 묻는 질문과 대답들이 기다려집니다.

주제마당

장애와 여성

장애여성의 섹슈얼리티와 성폭력피해여성의 수사 및 법적지원에서의 고민 /
배복주(장애여성공감 장애여성성폭력상담소)

이주와 난민

한국의 난민실태와 제도 / 이호택(사단법인 피난처 대표)
한국 이주민 법제의 시각과 관련쟁점 / 황필규 (공감 변호사)

빈곤과 복지

국민기초생활보장제도 10년의 그늘 / 전은경(참여연대 사회복지위원회 팀장)
복지향상을 위한 공익소송 / 김영수(공감 변호사)

성소수자

성소수자와 법의 문제 / 오가람(한국게이인권운동단체 친구사이)

장애여성 섹슈얼리티와 성폭력피해여성의 수사 및 법적지원에서의 고민

배복주 (장애여성공감 장애여성성폭력상담소)

1. 장애인의 성/섹슈얼리티

무성적 존재로서의 장애인

장애인은 무성적인 존재 혹은 남/여로 구분되지 않는 제3의 성이라는 말로 표현되기도 하고, 성적인 욕망이 없는 존재라는 말로 설명되기도 한다. 우리사회에서 '아줌마'라는 사람도 장애인과 마찬가지로 '제3의 성'이라고 한다. 그건 아줌마는 이미 성적인 대상 혹은 존재가 아니기 때문이다. 장애인은 성적 경험을 할 수 없는 존재, 아줌마는 이미 성적 경험이 많은 존재이다. 그런데 둘 다 무성적 존재 혹은 제3의 성이라고 표현한다. 이는 바로 성적인 존재임을 인정하고 안하고의 권력을 가진 주체가 바로 비장애/남성이기 때문이다.

우리사회에서 '성적인 존재'로 인정되지 않고 배제된 사람들은 곧바로 '무성적 존재'가 된다. 장애인 스스로가 무성적 존재라고 말한 것이 아니라 사회가 장애인을 무성적 존재로 불러왔다. 실제 장애인들은 매일매일 성적인 에너지를 표현하고 있으며 성적인 주체 혹은 대상이고 싶은 욕구가 있다. 장애인은 성적인 존재이고 자신의 욕망을 실현하고자 늘 고민하는 성적인 존재이다. 결국 사회가 장애인은 무성적 존재이어야 한다고 강요하고 있는 것은 아닌지 살펴봐야 한다.

장애인의 성적자기결정권

성적자기결정권은 자신이 자신의 성적인 행동 혹은 몸에 대한 결정을 스스로 하고 선택을 하는 것을 말한다. 굳이 이야기하자면, '장애인도' 성적 욕망을 가진 주체이며, 자신의 성적인 행동에 대해 선택하고 결정할 수 있는 상황이나 조건이 주어져야 한다. 연애를 하고 결혼을 하는데 있어 자신의 장애가 위축이 되거나 자존감을 낮출 필요는 없다.

하지만 우리사회에서 장애인은 연애의 조건 혹은 결혼의 조건, 섹스파트너로서의 조건에서 상대적으로 경쟁을 할 수 없는 몸(정신상 장애인의 경우 또 다른 문제들을 포함하지만, 넓은 맥락에서 '몸'의 문제와 만난다고 볼 수 있을 것이다)을 가지고 있다. 그렇다면 장애인이 자신의 성적자기결정권을 제대로 행사할 수 있는 사회적 상황이 과연 비장애인과 동등하게 주어지는 것일까? 이미 비장애 중심적으로 짜여진 사회적인 틀 안에서 장애인은 성적인 권리 측면에서도 결코 자유로울 수 없다.

그러나 장애인의 '성적인 권리'에 대해 이야기하는 것은 많은 불편함과 복잡함을 요구한다. 최근에 장애인복지서비스 중에 활동보조서비스가 제도화되면서 일부 장애인이용자 중에는 활동보조인에게 성적인 서비스를 요구하는 사례가 발생한다고 한다. 그런데 활동보조인 이용자의 성비비율에서 여성이 활동보조인인 경우가 훨씬 많고, 성적서비스를 요구를 하는 이용자는 장애남성이 된다. 성적서비스 요구를 받는 비장애여성 활동보조인은 성적인 수치심과 불쾌감을 느끼게 된다.

때문에 장애인의 성적자기결정권, 성적 권리는 비장애/장애의 이중구도로 해석할 때 모순에 봉착한다. 성은 무수한 사회적 관계 안에 내재한 복잡한 산물이고, 장애인의 성 역시도 그러한 복잡함 속에서 사고되어야 할 것이다.

장애인의 성적권리와 성서비스 주장에 대한 문제의식

한국사회에서는 2000년 초반부터 장애인의 성적 권리 담론이 제기되고 시작했으며, 이 시기부터 장애인의 성적권리 확보를 위한 논의가 급속도로 팽창되어 왔다. 장애인의 성적권리를 대중적으로 이슈화시킨 이창동감독의 영화 「오아시스」(2002)를 시작으로 독립영화 작품 「아빠」(2004), 「핑크팰리스」(2005), 「섹스볼란티어」(2009) 등으로 이어지며 장애인 성담론의 다양한 논의를 불러일으켰다. 특히 「섹스자원봉사」가 번역되어 출판되면서 유럽, 일본, 미국 등의 장애인 성적권리 보장의 형태인 '섹스자원봉사'라는 성서비스 담론이 형성되기도 했다. 이들 영화와 책은 장애인 성

적권리의 보장방식으로 남성과 여성의 성기를 결합하는 섹스의 접근성을 높이고 성적주체성을 강조하는 것이다. 여기서 주되게 욕구의 주체로 등장하는 사람은 장애남성이며, 장애남성의 시각과 주장이 주된 관점이라고 할 수 있다.

한편으로 장애남성의 성적권리 실현의 방식이 합법적인 성구매 행위제도(공창제), 섹스쿠폰 제도, 섹스자원봉사, 성서비스 중개 등으로 이야기되고 있는 반면, 여전히 장애여성의 성은 폭력의 대상, 성착취, 부정적 성적대상, 재생산권 통제 등으로 이야기된다.

우리사회에서 여성이 스스로 자신의 몸의 통제권을 갖지 못하는 상황에 놓여질 때가 있고, 장애여성의 경우에도 '온전하지 못한 몸'을 가진 장애여성은 성적주체로 성적권리를 주장하기보다는 폭력적인 성적대상, 착취의 대상이 되는 문제를 먼저 제기할 수밖에 없다. 그래서 장애여성의 입장에서 성적권리의 내용은 성서비스를 수단으로 성기중심적인 섹스를 할 수 있는 권리가 아닌, 안전하고 평등한 관계를 맺을 수 있는 권리와 인권침해로부터 자유로울 권리가 되는 것이다.

이러한 지점에서 우리사회 장애인 성담론이 젠더적 관점의 좀 더 깊은 고찰과 연구를 할 필요성이 있다.

장애여성의 재생산권 통제

임신, 출산, 낙태 등이 재생산권에 해당되며, 우리나라 현행법상 낙태는 불법이다. 하지만 장애여성의 경우에는 우생학적 이념을 근간으로 하는 모자보건법상 낙태가 허용되고 있다고 해석할 수 있다. 모자보건법의 우생학은 '비정상적'인 인구에 대한 출생 자체를 통제해야 한다는 것으로 이미 장애인권진영에서는 매우 문제적으로 인식하고 있다. 여기서 필자가 언급하는 장애여성의 낙태권은 성적자기결정권의 측면에서 장애여성의 몸에 대한 선택권을 말한다.

낙태에 있어 장애여성은 스스로 결정권을 행사할 수 있는 것이 아니라 주변의 판단- '혹시 장애가 유전되는 것은 아닐까', '자기 몸도 힘든데, 아이는 무슨...', '몸이 저래서 어떻게 아이를 낳지? 그냥 지워', '성생활이 가능이나 하겠어'- 으로 통제된다. 장애의 유형에 따라서는 의학적으로 유전이 되는 경우가 있을 수 있고, 몸의 장애로 인해 아이가 임신 중 혹은 출산시에 위험할 수 있다는 이유로 병원으로부터 낙태수술 혹은 인공분만수술을 강요당하기도 한다. 이 모든 생각은 장애인 성적권리, 재생산권, 삶에 대한 결정 등을 통제하고 침해하는 것이다.

이렇듯 우리사회 법이 근간으로 하는 우생학적 이념과 의학권력이 팽배한 속에서 재생산에 있어 장애여성들에게 과연 어떤 선택권이 존재하는가 고민해볼 문제다.

발달장애인의 성, 성행동에 대한 편견

발달장애인에게는 성적으로 '영원한 아이 같은' 혹은 '위험한' 사람이라는 편견이 따라다니고 이로 인해 성적으로 무시되거나 격리되고, 혹은 폭력의 대상이 된다.

발달장애인 인권에 대한 관심이 높아진 지금까지도 여전히 성에 대한 편견만은 깊게 자리하며, 발달장애를 가진 여성에 대한 성적 학대나 폭력은 심각한 수준으로 발생하고 있다. 더욱이 성폭력피해를 경험한 발달장애여성에게는 두 가지 편견이 존재한다. 피해자들이 성폭력을 경험하더라도 자신에게 일어난 일을 이해하지 못하므로 성폭력의 영향이 없다고 여겨지거나, 학대의 영향으로 발생한 공격성·부적절한 성적 행동 등이 발달장애라는 장애로 인한 '문제 행동'규정되는 것이다. 이 때문에 성폭력을 경험한 발달장애여성은 자신의 피해와 고통을 설명할 언어를 갖지 못하고, 신고하지 못하며, 적절한 치유와 지지를 받지 못한다. 하지만 많은 연구들은 발달장애 성폭력 피해자에게 심리적, 신체적, 행동적으로 부정적 영향이 있음을 밝혀내고 있다.

또한 발달장애인은 성적으로 노출될 경우 스스로 통제가 불가능 하다는 또 다른 편견 때문에 성에 대한 무조건적 금지나 무지함을 강요받는 경우가 많다. 또 발달장애인을 위한 성별이나 연령에 맞는 체계적인 성교육도 이루어 지지 않아 아주 기본적인 성적 지식이나 성과 관련한 문화적 코드 등을 이해하지 못하는 경우가 많다. 이러한 현실 때문에 발달장애인들 다수가 성을 둘러싼 관계에서 극도로 취약함을 드러낼 수밖에 없고, 폭력이나 착취에 무방비 상태에 놓이게 된다. 발달장애인도 성적인 존재이며, 성에 대해 표현하고 성취할 수 있는 권리를 가졌고, 이러한 권리를 누릴 수 있는 충분한 지식을 제공받아야 한다.

한편, 발달장애인은 성경험 혹은 성행동에 대해 스스로 표현할 수 있는 언어를 갖고 있지 못하기 때문에 주변인(부모나 교사)들에 의해 그 선택과정과 결과에 대해 부정적으로 규정당하는 경우가 많다. 발달장애인도 성을 스스로 실현하는 방식과 욕망이 존재할 수 있음이 쉽게 간과되거나 인정하지 않게 하는 사회적 판단으로 연결되기도 한다. 발달장애인을 둘러싼 성담론은 발달장애를 갖지 않는 사람들만큼 다양한 결이 있을 수 있고 끊임없이 자기결정에 대한 역동을 일으키고 있다. 이러한 발달장애인에 대한 이해가 전제된 상태를 유지하면서 발달장애인의 성에 대한 논의와 토론이 이루어져야 한다. 발달장애인이 선택하거나 경험하고 있는 성관계와 성폭력의 상황에 대한 다양한 전제, 즉 발달장애인이 그 과정에서 일으킨 역동과 판단과정의 사유를 살펴보아야 할 것이다.

이와 같이 발달장애인이 사회적 주체가 될 수 없는 사회구조에서 성적인 것 역시

도 '정상적인 인지과정으로 판단한 결과'라고 공감대를 형성할 수 없고 결정을 존중받기 어렵다. 발달장애인이 처해 있는 이러한 사회적 조건과 인식이 발달장애인의 성에 대해 주변인들이 쉽게 규정내릴 수 있도록 하고 있다. 발달장애인은 사회적 보호와 지원을 받아야 할 분명한 명분을 가진 대상이다. 하지만 보호와 지원을 받아야 하는 대상이기 때문에 자신의 결정과 판단이 쉽게 규정당하거나 통제받아야 할 이유는 없다. 발달장애인에 대해 규정하거나 통제를 하기보다 발달장애인과 함께 살아가고 있는 사람들이 갖고 있는 편견을 걷어내는 일이 더욱더 중요한 점이다.

2. 장애여성 성폭력사건의 수사, 재판상에서 고민되는 지점

피해자를 대리하는 문제

장애인성폭력 피해사례 경우, 장애인 성폭력피해자를 상담하고 지원하는 상담활동가가 피해자의 수사과정에서 대리해야하는 상황을 직면하게 될 때가 많다. 가해자 처벌을 위해 피해자가 고소 혹은 고발을 하겠다고 결정한 경우. 상담활동가는 어떻게 개입할까?

- 피해자의 상담을 통해 획득한 사실이나 피해자의 부모나 관련 지원자들을 통해 알게 된 사실을 중심으로 고소장을 작성하고 경찰서에 가서 접수하는 일을 한다.
- 사건이 접수가 되면 담당경찰과 지속적으로 사건에 대해 소통하고 최대한 피해자를 위한 정보를 제공하는 일을 한다.
- 피해자가 녹화진술시 사전에 경찰과 소통해서 피해자의 특성을 최대한 설명하고 피해자가 구사하는 용어나 특성에 대한 이해를 시키기 위해 노력한다.
- 검찰수사가 진행되면 검찰이 사건을 기소할 수 있도록 경찰수사와 마찬가지로 피해자의 입장을 대리하고 설명하는 일을 한다.

상담소에서 사건을 개입하고 피해자 대리를 하는 이유는 피해자는 장애로 인해 자신의 의사나 언어가 제대로 소통되지 않을 가능성을 전제하고, 사건에 대한 전반적인 소통과 중개의 필요성이 있기 때문이며 또한, 피해자가 수사기관에서 2차 피해를 경험하지 않게 하기 위해서이다. 이때 상담소는 반드시 피해자의 입장을 견지하면서 사건을 지원한다.

하지만 사건을 지원하다보면 상담소의 개입이나 피해자 입장을 대리하는 것이 자칫 사건을 왜곡할 수 있는 점을 간과해서는 안된다. 이를테면 상담활동가가 피해자의 입장을 정확하게 확신할 수 없거나 피해자의 처벌의사에 대한 명확성이 없는 경

우에 수사과정에서 개입과 대리가 과도할 수 있게 된다.

결과적으로 이러한 상황을 대처하기 위한 방법은 피해자와 일대일로 상담을 반드시 진행해야 하고 그 상담결과를 토대로 상담활동가가 피해자가 경험한 피해시실에 대한 확신으로 지원을 해야 할 것이다.

수사기관의 장애에 대한 이해부족으로 인한 2차피해

성폭력사건은 대체로 증거를 확보하기 힘든 것이 특징이며, 피해자의 일관성 있는 진술을 토대로 사건을 진행한다. 그래서 수사는 피해자의 진술을 토대로 정황증거를 확보하기 위해 피해 당시의 상황, 물적 증거 확보, 가해자와의 관계, 주변인들에 대한 참고인 조사 등을 하게 된다.

이때, 경찰이나 검찰에서 장애에 대한 이해가 부족하여 수사 지원방법에 대한 대처를 적절히 못하는 경우가 있다. 예를 들면 뇌병변 장애를 가진 여성을 정신상의 장애가 있는 것으로 오인하여 본인의 의사를 무시하기도 하고, 청각장애여성에게 수화통역사를 지원하지 않아 진술을 제대로 확보하지 못하는 경우들이 있다. 또한 지적장애여성의 경우에는 장애가 겉으로 드러나지 않는다는 이유로 장애여성이 수사과정에서 받아야 할 '녹화진술의 권리'나 '신뢰 받을 수 있는 이의 동석 권리'들을 보호받지 못하는 경우도 발생된다.

수사과정에서 경찰과 검찰은 피해자에게 사건에 대한 진술의 일관성을 요구하지만, 이러한 일관성의 요구가 지나치게 구체적인 사실 하나 하나에 집중될 때 지적장애인의 진술은 신뢰할 수 없게 될 때가 많다. 그로인해 피해자의 진술이 증거로 채택되지 않거나 피해 사실 자체가 인정되지 못하는 경우가 있다. 때때로 지적장애여성은 작은 위협이나 유인에도 쉽게 사람에 이끌리거나 순종하는 경향이 있다. 이런 경우에 경찰이나 검찰은 '화간'이라고 의심하고 성폭력 사실을 인정하지 않는 상황도 있다. 또한 지적장애인이라는 이유로 지적장애인의 경험을 망상으로 치부하고 성폭력 피해를 부정하기도 한다.

이러한 수사기관의 장애에 대한 이해가 부족한 부분에 대한 정기적이고 정책적으 인권교육이 필요하다.

피해자를 둘러싼 지원자들의 판단에 대한 혼란스러움

장애인 성폭력 피해사례의 특징적인 것 중에 하나가 그녀를 둘러싼 지원자들이 다양하게 포진되어 있다는 것이다. 부모, 사회복지사, 교사, 종교인, 활동보조인, 후견인 등 장애특성에 따라 다양한 위치에서 개입을 하고자하는 지원자들이라고 할 수 있다. 특히 발달장애인의 경우에는 수사과정에서 이러한 지원자들이 피해자들을 대리하기 위해 등장하게 되고, 상담소는 지원자들과의 반복적인 소통을 통해 상담을 하기도 하고 교육하게 된다.

지원자들의 적극적인 태도는 수사과정에서 정황적인 증거를 확보하는데 도움이 되기도 하고, 피해자의 장애 특성에 대해 구체적인 정보를 제공해줌으로서 피해자를 이해하는데 많은 도움을 주기도 한다.

그러나 지원자들은 자신들이 가진 관점과 성의식에 따라 사건을 바라보는 시각도 제각각 다르다. 발달장애인의 부모는 자신의 자녀가 모르는 남자와 성관계를 한 것에 대해 성폭력 피해로 비약적인 판단을 하기도 하고, 교사나 사회복지사는 발달장애인의 성적인 과잉행동으로 인해 사건이 발생되었다고 판단하기도 한다.

이러한 지원자들의 개입에 대해 피해자의 관점을 견지하며 그 입장을 언어화 시키는 작업은 무척 어렵고 힘든 일이다.

신뢰할 수 있는 자의 동석 의무화

수사기관은 장애인성폭력 피해자가 조사를 받을 때는 신뢰할 수 있는 자의 동석을 의무화 하도록 되어 있다. 그래서 경찰이나 검찰에서 피해자가 조사를 받을 시에 신뢰할 수 있는 자로 상담활동가가 동석을 하게 되는 경우가 많다. 이때 녹화진술을 동석하는 경우가 빈번한데, 이러한 조사방식은 피해자가 경찰에서 진술한 내용이 녹화된 CD를 검찰이나 법원에서 활용하여 피해자가 여러 번 진술하는 것을 피할 수 있고, 피해자가 자신이 경험한 성폭력 상황을 반복적으로 상기시키는 것을 방지함으로서 피해자를 보호할 수 있다는 취지가 있다. 그러나 현실적으로 경찰수사에서 녹화진술 CD가 유용하게 활용되는 경우가 드물다. 검찰에서는 피의자가 진술을 번복한다는 이유로, 피해자의 진술이 부족하다는 이유 등으로 다시 피해자를 진술하게 한다. 또 기소가 되어 재판을 진행할때도 재판부가 피해자의 장애정도를 확인하기 위해, 피고소인측 증거관계 부동의 등의 사유로 다시 피해자를 재판에 증인으로 채택하는 경우가 허다하다.

피해자가 재조사를 받거나 증인으로 출석할 경우에는 또다시 상담활동가는 동석을 하기 위해 지원을 할 수 밖에 없다. 이는 애초의 녹화진술 제도의 취지에 어긋나는 것이다.

이에 대한 부당성과 문제점을 지속적으로 의견서의 형태로 문제를 제기하는 방식으로 대처할 수 밖에 없다.

형법과 성폭력특별법의 장애인 관련 조항에 대한 이해

1) 심신미약간음죄(형법)

제302조 (미성년자등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

이 조항은 심신이 미약한 사람을 위계나 위력를 행위수단으로 간음한 남성이나 추행한 사람을 처벌한다는 내용이다. 여기서 심신미약자에 대한 법적 정의는 '정신기능의 장애로 정상적인 판단능력이 부족한 자'를 말하며 연령은 묻지 않는다. 법원의 판례에서는 피해자가 지적장애 3급 정로, 인지기능이 초등학교 저학년 수준이고, 일천원권과 일만원권 지폐를 잘 구별하지 못할 정도로 지능이나 판단능력이 저하되어 있는 경우로 본다.

형법에서 강간죄와 추행죄는 폭행이나 협박의 행위수단으로 간음하거나 추행한 자를 처벌하는데, 302조의 행위수단은 위력과 위계이다. 위계는 입증하기 어려운 반면 위력은 어느정도의 물리적인 힘으로 제압을 했다는 것만 확인되면 처벌할 수 있다.

이 조항은 형법상 친고죄에 해당되며 친고죄에서는 고소기한이 범인을 알게 된 날부터 6개월이내에 고소를 해야 한다. 이는 합의를 할 경우에는 공소기각이 되기 때문에 사회적 법익이라고 하기보단 개인적 법익이라고 할 수 있다.

실제 성폭력특별법 8조에서 말하고 있는 '항거불능'을 입증하기 어려운 경우는 이 조항을 적용해서 처벌하기 때문에, 합의에 의해 고소취하가 될 경우엔 가해자의 처벌이 이루어지 않는다. 형량 또한 상당히 낮기 때문에 보통 처벌을 받더라도 초범의 경우에는 1년정도의 징역형을 받게 되는 경우가 많다.

2) 장애인에 대안 간음 등(성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률)

제8조 (장애인에 대한 간음등) 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다. <개정 1997.8.22>

이 조항에서 핵심적인 것은 '신체장애 또는 정신상의 장애로 인해 항거불능 상태

에 있음을 이용하여'에 대한 법원의 적용과 해석일 것이다.

법원은 '피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있어야' 성폭력특별법 8조를 적용할 수 있다고 보고 있고, 항거불능 상태에 대해서는 '심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우'라고 매우 좁게 해석하고 있다. 이는 위의 형법 302조가 있기 때문에 성폭력특별법상 장애인에 대한 간음 처벌조항은 더욱 엄격하게 적용해야 한다고 보기 때문이다. 그래서 이 조항에 적용되기 위해선 성폭력 피해 장애여성의 장애상태가 매우 중요하다고 판단하기 때문에, 재판부는 지적장애여성 피해자의 성의식이 어느 정도인지를 지속적으로 질문하여 확인하려 하는 경우가 많다.

하지만 2007년 7월 대법원에서 성폭력 피해 지적장애여성 사건의 가해자에 대해 무죄를 선고한 2심 재판부의 판단에 대해 파기환송한 판례가 나왔다. 이 판례에서는 항거불능에 대한 해석을 ["신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음"이라 함은, 신체장애 또는 정신상의 장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우뿐 아니라 신체장애 또는 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상의 장애의 정도 뿐 아니라 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다] 라고 했다.

이 판례로 인해 최근에 하급심에서도 항거불능 상태에 대한 해석을 장애인의 장애 그 자체만을 보는 것이 아니라 장애로 인해 맺어지는 사회적, 심리적인 부분까지 고려해서 판단하고 있는 경향이 있다. 그래서 최근들어 하급심에서도 성폭력특별법 제8조를 적용하는 판례를 종종 접하게 된다.

또한 이 조항은 친고죄가 아닌 비친고죄에 해당되기 때문에 누구든지 고소와 고발이 가능하고, 고소기한이 특별히 정해져 있지 않으며, 피해자가 가해자와 합의를 하더라도 공소가 기각되지 않지 않는다. 다만 합의를 하게 되면 가해자에 대한 선고형량에는 영향을 미치게 된다.

3) 업무상 위력 등에 의한 추행(성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률)

제11조 (업무상 위력등에 의한 추행) ①업무·고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 추행한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ②법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 추행한 때에는 3년

이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
③장애인의 보호·교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호·감독의 대상이 되는 장애인에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처하고, 추행한 때에는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2006.10.27>

이 조항의 3항은 장애인시설 내 성폭력 문제에 대한 처벌조항이라고 할 수 있다. 장애인 생활시설에서 장애인을 보호, 감독하는 시설장과 종사자가 위계나 위력을 행위수단으로 간음하거나 추행한 사람에 대해 처벌하는 조항으로서, 장애인시설 내에서 발생하는 성폭력 범죄의 피해자를 보호하고자 하는 취지가 있다.

2006년도에 신설되었으며, 비친고죄에 해당되기 때문에 피해당사자가 직접 고소하지 않더라도 이 사실을 알게 된 사람이 경찰에 신고하거나 고발하게 하게되면 수사를 할 수 있다.

하지만 형량은 성폭력특별법 장애인조항에 비해 낮은 편이며, 실제적으로 폐쇄된 시설내에서 일어나는 일이 외화되어 나오는 것은 상당히 힘든 현실적인 문제가 있다.

한국의 난민 실태와 제도

이호택(사단법인 피난처[76] 대표)

1. 한국의 난민 실태

가. 신청 및 인정 현황

(1) 연도별 현황 (2009.9.30 현재, 단위 : 명)

구분 / 연도	신청	허가	인도적 지위	불허
총계	2,413	145	83	1,206
′94-′2000	96	0	0	35
2001	37	1	0	3
2002	34	1	8	7
2003	84	12	5	2
2004	148	18	1	7
2005	410	9	13	79
2006	278	11	13	114
2007	717	13	9	86
2008	364	36	22	79
2009	245	44	12	791

76) 사단법인 피난처 (http://www.pnan.org)는 박해를 피해 한국으로 온 국제난민과 북한난민들에게 피난처를 제공하는 기독교 자원활동 단체이다. 1999년 6월 창립하여, 북한난민지원활동, 쿠르드난민 지원활동, 버마난민지원활동, 줌마난민지원활동 등을 전개해왔다. 구체적인 활동 내용으로 난민과 탈북자를 위한 학교 활동, 난민들에 대한 법률 및 생활 지원, 탈북자 보호활동 등을 들 수 있다.

o 1992년 12월 3일, 난민지위에 관한 1951년 협약(Convention relating to the Status of Refugees)과 난민지위에 관한 1967 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees)에 가입하고, 1993년 12월 10일 출입국관리법과 1994년 6월 30일 출입국관리법시행령에 난민인정조항을 신설하고 1994년 7월부터 난민지위인정신청을 접수받기 시작

o 2000년 UNHCR집행이사국이 되기까지 단1명의 난민도 인정하지 않음으로써 국내외로부터 많은 비판을 받은 뒤, 2001년 1명의 난민인정

o 한국의 난민규모는 1,000만 명이 넘는 세계난민의 약 10만분의 1에 불과한 적은 규모이지만, 세계 10위권에 이르는 한국의 경제성장과 국제교류의 증대 및 다문화사회화 경향에 따라 한국에도 점점 많은 난민들이 유입될 것으로 예상.

(2) 국적별 현황

구분 / 국적	신청	인정	인도적 지위	불인정	철회	심사중
총 계	2,413	145	83	1,206	439	540
네 팔	378	0	4	255	102	17
중 국	339	5	9	241	58	26
미 얀 마	226	66	19	75	31	35
스 리 랑 카	197	0	0	93	45	59
나이지리아	182	0	1	77	21	83
우 간 다	161	2	0	93	36	30
파 키 스 탄	153	0	1	56	15	81
방글라데시	120	28	0	22	8	62
가 나	105	0	2	59	11	33
콩 고	91	13	11	37	16	14
코트디부아르	76	3	5	42	17	9
라이베리아	67	0	0	35	20	12
에티오피아	60	12	13	22	6	7
이 란	54	5	4	27	6	12
카 메 룬	26	4	0	3	6	13
케 냐	19	0	1	9	5	4
알 제 리	18	0	4	10	4	0
남아프리카공화국	16	0	0	2	4	10

아프가니스탄	13	0	2	6	2	3
이 집 트	13	0	0	5	6	2
이 라 크	12	2	3	1	3	3
기 타	87	5	4	36	17	25

(3) 사유별 현황

구 분	계	인종	종교	국적	특정사회집단구성원	정치	기타
전체 신청자	2,413	250	328	5	197	1,096	537
2009년신청자	245	3	62	0	17	68	95

나. 한국의 난민규정

(1) 출입국관리법과 난민관련조항

o 난민의 정의(제2조 제2의2호), 난민임시상륙허가(제16조의2), 강제송환의 금지(제64조), 난민의 인정(제76조의2), 난민인정의 취소(제76조의3), 이의신청(제76조의4), 난민여행증명서(제76조의5, 6), 강제퇴거명령에 대한 이의신청과 체류허가의 특례(제76조의7), 난민인정과 취소를 위한 사실조사 및 관계기관의 협조(제80조, 제78조), 허위 기타 부정한 방법으로 난민인정받은 자에 대한 벌칙(제95조 10호)

o 난민인정의 절차에 관한 규정, 난민의 지위 및 처우에 관한 규정이 미비함

(2) 2008.12.19 출입국관리법 난민조항 개정(2009.6.20.시행)내용

o 이의신청기간연장(제76조의4) : 이의신청기간을 7일에서 14일로 연장

o 난민 등의 처우보장 노력의무(제76조의8 제1항) : 정부는 난민의 인정을 받고 체류하는 외국인에 대하여 「난민협약」에서 규정하는 지위와 처우가 보장되도록 노력하여야 한다(난민에 대한 보호의무를 법적의무가 아닌 노력의무로 규정한 것은 난민협약의 국내법적효력을 부인하는 잘못된 입법이라는 비판이 일고 있음)

o 인도적 지위의 제도화(제76조의8 제2항) : 법무부장관은 난민의 인정을 받지 못한 자에 대하여 특히 인도적인 고려가 필요하다고 인정되는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 그의 체류를 허가할 수 있다

o 취업활동허가(제76조의8 제3항) : 법무부장관은 1) 인도적 체류 허가를 받은 자 2) 난민인정의 신청을 한 후 대통령령으로 정하는 기간(현재 1년)이 경과할 때까지 난민인정 여부가 결정되지 아니한 자 3) 그 밖에 난민인정의 신청을 한 자 중 법무부장관이 필요하다고 인정한 자에 대하여 취업활동 허가를 할 수 있다.

o 난민지원시설의 설치(제76조의9) : 난민신청자, 난민인정자, 인도적지위자 중 법무부장관이 지정하는 자에 대한 지원업무를 효율적으로 수행하기 위하여 법무부에 난민지원시설을 둘 수 있다. 난민지원시설에서는 한국어 교육 및 직업 상담, 사회적응훈련 및 정착지원, 의료지원, 그 밖에 지원을 위하여 필요한 사항에 관한 업무를 하며, 필요하다고 인정하면 그 업무 중 일부를 민간에 위탁할 수 있다.

o 난민에 대한 상호주의 적용의 배제(제76조의10) : 난민의 인정을 받은 자에 대하여는 다른 법률의 규정에도 불구하고 상호주의를 적용하지 아니한다.

다. 한국난민제도의 주요 문제점

o 난민인정절차가 전혀 법제화되어 있지 않고 통역과 변호 등 절차보장이 미비하여 사실인정이 제대로 되지 않음

o 난민심사 및 인정기구의 전문성과 독립성 등의 문제가 있고, 난민인정기준이 지나치게 높고 엄격한 증명을 요구하여 난민인정율이 낮음

o 그동안 난민심사기간이 지나치게 길어 평균 20개월에 이르고 4-5년씩 지연된 사례가 있어 비판을 받고 최근 출입국관리법 개정을 계기로 지연된 신청에 대하여 무더기 결정을 내리면서 대부분 난민인정거부처분을 내리고 있음

o 난민신청자에 대하여 생계지원대책이 전혀 없고, 생계를 위한 취업도 금지되어 난민신청자의 생존권 침해

o 난민신청후 1년동안 난민인정여부에 관한 결정이 내려지지 못한 자에 대하여 취업을 허용하는 개정 출입국관리법이 시행되고 있으나 그 적용을 출입국관리법 시행후 1년으로 해석하여 2010년 6월 20일부터 취업허가를 하기로 하여 현재 신청자들에게는 여전히 생계지원책이 없고 1년내에 1차결정을 받고 이의신청이나 소송을 제기함으로써 1년이 경과한 사람에 대하여는 여전히 취업이 금지되므로 이의신청자나 소송중인 자의 생계지원책이 없음

o 난민신청자와 인정자를 위한 난민지원시설을 영종도에 설립 추진중이나 사회통합의 문제(접근성, 개방성, 규모, 운영주체 등)가 제기되고 있음

o 구금후 난민신청하거나 난민신청 후 취업 등을 이유로 구금된 난민신청자들에 대하여 보호해제의 요건이 지나치게 엄격하고 구금의 대안이 마련되어 있지 않아 소송 등에 의하여 난민인정여부가 확정된 때까지 장기 구금됨

2. 난민의 정의와 국제기준

가. 난민협약

(1) 1951년 난민협약의 체결

o 전쟁과 난민의 역사는 인류의 역사만큼 오랜 것이었으나, 난민보호가 국제사회의 연대책임으로 인식되기 시작한 것은 1914-1918년 1차세계대전과 1917년 러시아혁명으로 인한 유럽에서의 대량난민사태였으며, 1921.국제연맹은 러시아난민을 위해 프리요프 난센(Fridtjof Nansen)을 최초의 고등판무관으로 임명.

o 제2차 세계대전 이후 또 다른 대량난민이 발생하고 난민문제가 곧바로 해결되지 않음에 따라, 1949년 12월 유엔총회는 총회부속기관으로 1951년 1월 1일 이후 3년간 존속 예정의 UNHCR을 설립하기로 결의하고, 1951년 1월 1일 이전에 발생한 난민문제 해결을 위하여 1950.12.24. 유엔총회결의에 따라 1951.7.28. 제네바에서 개최된 '유엔 난민 및 무국적자 지위에 관한 전권회의'에서 '난민지위에 관한 협약(Convention Relating to the Status of Refugees)'이 채택됨(최소 6개국이 비준 또는 가입한 1954.4.21. 발효)

(2) 난민협약의 특징

o "난민"에 대한 최초의 일반적 정의 (제1조)

o 누구도 박해의 위험이 있는 영역으로 되돌려 보낼 수 없다는 "강제송환금지"원칙을 규정 (제 33조)

o 난민처우의 최소한 기준을 정하고, 비호국에 의하여 난민에게 부여되는 기본적 권리와 난민의 의무를 규정.

o 난민의 법적 지위와 권리, 유급직업 및 복지에 관한 규정.

o 신분 및 여행증명서의 발급, 귀화, 그리고 행정적 사항에 관한 규정.

o 당사국에 대하여 UNHCR의 임무수행에 협력할 것과, 협약의 적용을 감독하는 임무를 원활히 수행할 수 있도록 편의를 제공할 것을 요구.

(3) 난민협약의 내용

난민협약은 난민의 체류성격에 따라서 단순한 체류(simple presence), 합법적 체류(lawful presence), 합법적 거주(lawful residence), 상시거주(habitual resident)로 구분하여 인정되는 권리를 달리하고 있다. 체류의 합법성여부와 관계없이 단순 체류(simple presence)하고 있는 난민에게는 차별금지(제3조), 종교(제4조), 재판을 받을 자유(제16조 제1항), 배급(제20조), 공교육(제22조), 신분증명서 발급(제27조), 불법 체류하는 난민에 대한 벌(제31조), 추방 및 송환의 금지(제33조) 등에 관한 권리를 인정

하고, 합법적인 체류(lawful presence)를 하고 있는 난민에게는 자영업(제18조), 이동(제26조), 추방(제32조) 등에 관한 권리를, 합법적으로 거주(lawful residence)하고 있는 난민에게는 결사(제15조), 유급직업(제17조 제1항), 자유업(제19조), 주거(제21조), 공공구호(제23조), 노동법과 사회보장 (제24조), 행정적인 지원(제25조), 여행증명서(제28조) 등에 관한 권리를, 상거주자(habitual resident)인 난민에게는 저작권 및 산업재산권(제14조), 재판 제도 중 법률구조 및 소송비용(제16조 제2항)에 관한 권리를 인정하고 있다[77].

난민협약은 난민신청자나 인도적지위자의 처우에 관하여는 특별한 규정을 갖고 있지 않지만, 난민협약의 일부 규정들은 난민신청자나 인도적지위자에게도 처우기준으로 적용될 수 있다. 난민요건을 충족하는 난민신청자나 인도적지위자는 난민인정 이전이라도 난민이므로 난민협약이 적용되어야 하며[78], 난민협약 규정 중에는 제33조(추방 및 송환의 금지)나 제31조(피난국에 불법으로 체재하고 있는 난민)와 같은 난민지위의 공식적 인정 이전에 적용되는 중요한 규정들이 있고, 난민협약상의 처우는 합법적 체류자나 단순한 체류자 등 체류상태에 따라 다르고 특히 인도적 처우나 인간의 기본권에 관하여는 합법적 체류나 거주를 요구하지 않고 있으므로, 이러한 규정들은 난민신청자나 인도적 지위자에게도 적용될 수 있다. 난민신청자나 인도적 지위자에게 적용될 수 있는 난민협약 조항은 제3조(차별금지), 제4조(종교), 제5조(협약과 관계없이 부여되는 권리), 제7조(상호주의 면제), 제8조(예외적 조치로부터의 면제), 제12조(신분법적 지위), 제16조(재판을 받을 권리), 제20조(배급), 제22조(공교육), 제31조(피난국에 불법으로 체재하고 있는 난민), 제33조(추방 및 송환의 금지) 등이다.[79]

(4) 적용범위 제한

협약체결당시 체약국들은 난민문제를 일시적 문제로 이해하고 기존의 난민문제 해결에 초점을 맞추었으며 예측할 수 없는 장래의 난민문제에 대하여는 책임을 지지 않으려고 한 결과, 난민협약은 1951년 1월 1일 이후에 발생한 사건의 결과로 난민이 된 자에게는 적용되지 않는다는 시간적 제한과, 1951년 1월1일 이전에 발

77) Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, The Refugee in International Law - 3rd ed., Oxford, 2007, pp 524-528 참조; 김종철 외, 앞의 책, p112 참조

78) 난민은 비호국의 난민지위인정에 따라 비로소 난민이 되는 것이 아니라 난민지위인정 이전이라도 난민협약의 난민정의에 포함된 난민인정의 기준을 충족시키는 자는 협약상 난민이고 난민인정절차는 난민을 난민으로 선언하는 것에 불과하다(UNHCR의 난민지위 인정기준 및 절차 편람 제28항 참조)

79) UN High Commissioner for Refugees, Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems, 4 September 2001, EC/GC/01/17, p.1: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3bfa81864.html (2009.9.25. 검색) ; 김종철 외, 앞의 책, p116

생한 사건에 관하여도 체약국이 유럽으로만 책임을 제한하는 선택을 할 수 있는 지리적 제한을 두고 있었음

(5) 1967년 난민의정서

1951년 1월 1일 이후에도 새로운 난민이 발생하고, 특히 1960년대 식민독립으로 아프리카에서 새로운 난민집단이 출현함에 따라 1951.1.1.이전 유럽에서의 특수문제로 이해하였던 1951년 난민협약의 시간 및 지리적 제한을 철폐하기 위하여 1967.1.31. 뉴욕 유엔총회에서 '난민지위에 관한 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees)' 채택. 1967. 10. 4. 발효

※ 2007.9. 현재 1951년 협약 및/혹은 1967년 의정서 가입국가 : 147개국

나. 협약난민 (Convention Refugee)

(1) 협약난민의 개념

- 1951년 '난민의 지위에 관한 협약 (Convention Relating to the Status of Refugees)' 제1조 A 2항.

인종 종교 국적 특정 사회집단의 구성원 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거(합리적 이유)가 있는 공포로 인하여,

자신의 국적국 밖에 있는 자로서, 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호를 받는 것을 원하지 않는 자 (또는, 종전의 상주국 밖에 있는 무국적자로서, 상주국에 돌아갈 수 없거나 돌아가는 것을 원하지 않는 자)

가) 난민인정 5사유

인종, 종교, 민족, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견 (편람 66항-86항 참조)

전쟁이나 내전 등 일반화된 폭력이나 공공질서의 심각한 교란사태, 고문이나 비인도적 또는 굴욕적 처우나 처벌의 위험은 협약난민의 사유가 되지 못하나 광의의 난민사유로서 보충적 보호(인도적 지위)

경제적 궁핍이나 기근, 환경적 재난은 협약난민 사유로 보지 않음.

o 인종 : 인종이라고 불리는 모든 종류의 민족적 집단, 소수 혹은 피지배민족으로서 조상이나 혈통을 공유하는 사회집단

o 종교 : 특정 종교단체 가입의 금지, 개인적 또는 공적 예배의 금지, 종교교육의 금지, 종교에 의한 중대한 차별 조치

o 국적 : 시민권 혹은 민족의 의미로서, 민족적 내지 언어적 집단의 구성원 신분.

o 특정사회집단의 구성원신분 : 유사한 배경, 습관, 사회적 지위 등 선천적이거나 변경 불가능한 것이거나 정체성, 양심 또는 인권의 행사에 근본적으로 중요한 특성을 공유한 집단

o 정치적 의견 : 정부 당국에 의해 용인될 수 없는 견해로서, 정부의 정책이나 그 시행방법에 대한 비판적인 의견.

나) 인과관계 (5사유를 이유로 for reasons of)

협약상 난민인정 사유가 박해의 유일한, 주된, 직접적인 또는 간접적인 원인일 필요는 없으며, 박해를 받을 위험성이 존재하는 원인이 협약상 난민인정 사유와 관련이 있는 것이면 족하다. 즉 협약상 난민인정사유가 자신이 박해를 받을 위험성에 대한 원인에 기여하는(contributing) 이유가 되면 족하다. 그러나 만약 협약상 사유와 신청인의 박해를 받을 위험성 간의 관련성이 무관한 정도로 약하다면 인과관계가 성립하지 않는다.

다) 박해

박해의 일반적 정의는 없으나 기본적 인권에 대한 지속적이고 조직적인 침해

과거 박해받은 사실에 대한 증명의 문제가 아니라 송환될 경우 장래 박해받을 우려에 대한 예측의 문제임

o 기본적 인권에 대한 심각한 위해 - 세계인권선언, 시민적 및 정치적권리에관한 국제규약(B규약), 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약), 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약, 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약, 아동의 권리에 관한 협약 등에 따른 국제적 인권기준에 의해 평가(위협받고 있는 인권의 종류, 그로 인해 초래되는 심각한 위해의 내용을 파악)되며, 여기서 문화적 상대성 개념은 고려되지 않는다.

o 지속적이고 조직적인 침해 - 난민협약은 모든 형태의 기본적 인권침해로부터 국제사회가 개인을 보호하는 것은 아니며, 국적국이 보호를 제공하지 않는다는 사실을 보여주는 정도로 기본적 인권에 대한 지속적이거나 조직적인 침해가 있는 경우 보충적이고 보조적인 보호를 위한 것이므로, 개별인권에 대한 단 하나의 침해로는 불충분하며, 단지 하나의 독립적인 위해행위가 아닌 지속적이거나 조직적인 침해이어야 한다. 개별적으로는 박해에 이르지 않는 차별행위가 집합적으로 평가될 경우에는 박해에 해당할 수 있다.

o 박해의 주체 : 통상 국가기관인 경우가 많으나 반군과 같이 반국가행위자인 경우도 있고, 법에 의하여 확립된 기준을 존중하지 않는 일부 집단이나 개인일 수도 있는 바, 개인이나 집단, 반군에 의한 침해로부터 국가의 보호가 없는 것(can not 국가가 보호할 수 없거나, will not 보호하지 않음)도 박해가 됨

국적국에 의한 보호의 결여(보충성의 원칙, The Principle of Surrogacy)

라) 합리적 이유 있는 공포(well-founded fear)

합리적 이유 있는 공포란 명백한 개연성(clear probability of persecution) 즉 적어도 박해를 받을 가능성이 박해를 받지 않을 가능성보다 커야한다는 기준(more likely than not 50%)보다 완화된 기준으로서 박해 발생의 실제적 근거(substantial basis) 내지 합리적 가능성 (reasonable possibility, real chance of the event occurring)만 있으면, 그것이 단순한 가정이나 추측에 불과하지 않은 이상(if not it is mere speculation), 형사상의 엄격한 증명(80%)이나 민사상의 입증(50%) 보다 낮은 10%정도의 박해발생가능성에 대한 우려도 합리적 근거가 있다고 보는 것이 국제적 판례의 경향임 Rodger Haines, Human Rights and Refugee Protection : Comparative Review, 국가인권위 & UNHCR한국대표부, 인권과 난민보호-비교법적 연구 워크숍(2007.11.5), pp10-11

o 공포는 주관적이나 공포의 합리성은 전적으로 객관적 평가

o 위해발생의 실질적 가능성(real chance)이 있는 경우 공포에 합리적 근거가 있음

o 평가의 기준시는 각 단계별 난민지위판정일

but : "행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않으므로(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 등 참조), 난민 인정 거부처분의 취소를 구하는 취소소송에 있어서도 그 거부처분을 한 후 국적국의 정치적 상황이 변화하였다고 하여 처분의 적법 여부가 달라지는 것은 아니다."(출처 : 대법원 2008.7.24. 선고 2007두3930 판결【난민인정불허가결정취소)

o 과거의 박해사실이 필수적 요소는 아니지만. 있다면 장래의 위해를 평가하는데 도움이 될 수 있음

o 합리적 근거를 평가하는 데 있어서 신청인과 유사한 상황에 있는 이들에게 어떤 일들이 일어나고 있는지를 살펴볼 필요가 있음

o 해당 국가에 대한 정확한 최근정보가 중요

o 신청인에게 유리한 해석의 이익 원칙(benefit of the doubt)이 적용

마) 국적국 밖

o 국내난민(IDP)과 구별

o 현지난민-현지 체류 중 난민이 된 사람(Refugees sur place)

국적국 또는 상주국을 떠날 당시에는 난민의 요건을 갖추지 아니 하였으나(외교관, 공무원, 학생, 이민노동자, 포로 등으로써 공포없이 자국을 떠남), 그 이후 구테타등 본국 사정의 변화에 의하여, 자신의 정치적 행위로, 혹은 난민지위를 획득한 자와 연루됨으로써, 제3국 현지체류 중에 자국에 귀환하지 못할 박해의 공포를 갖게 되어 난민이 된 자.

(2) 협약난민의 인정

가) 난민협약 당사국에 의하여 난민으로 인정된 자, 다만 난민인정은 설권적이 아니라 선언적임(편람 28항)

나) 난민협약에 규정된 난민의 권리를 가짐. 난민의 권리는 관련국과의 관련정도에 따라 점진적으로 강화됨-제33조 강제송환금지, 재판을 받을 권리, 차별금지는 관할권(Jurisdiction)내 난민들에게, 제31조 불법체류난민보호, 난민신청자신분증 규정은 영토 내(In) 난민들에게, 제32조 추방금지는 합법적으로 영토 내(Lawfully in) 난민들에게, 기타 권리들은 합법적 체류중(Lawfully staying)이거나 지속적으로 거주하는(Durable residence) 난민들에게 적용됨

(3) 난민지위의 증명에 관한 원칙

일반 법원칙에 따르면 청구인이 입증 책임을 지도록 되어 있지만, 난민의 경우는 비호신청인이 당해 출신국을 떠날 때 상황 및 신청의 성격상 문서나 다른 증거를 제시할 수 없는 경우가 태반이므로 입증책임을 비호신청인과 비호국이 공유함.

따라서 신청인은 신청을 뒷받침할 일관되고 신뢰성이 있으며 충분한 진술을 한 경우 나머지 점들에 관하여는 비호국이 조사하고 판단하여야 함.

가) 입증책임과 입증의 정도

과거에 일어난 일에 대한 사실확정 내지 증명이 아니라 미래에 일어날 일에 대한 평가이므로 불확실성의 요소를 포함하고 있으며, 박해의 주체는 신청인이 앞

으로 박해를 받게 될 것이라는 내용의 증명서를 발행하지 않으며, 신청인은 출신국 내 정보를 구하는 것이 대개 아주 어려우며, 잘못된 결정이 내려지는 경우 그 결과는 비극적인 것이므로, 주의를 기울여야 한다는 원칙(caution principal)이 적용

신청인은 모든 관련사실을 난민지위 결정자에게 제출할 책임(responsibility of establishing the claim)이 있지만 증명책임은 존재 않음

입증의 정도는 위험성을 확립하는 데만 적용되고 이것은 낮은 정도의 입증이다 (10%의 가능성도 합리적 근거로 충분하다)

나) 신뢰성

신청인의 일관되지 못한 진술이 증거조작을 암시하고 그의 신뢰성에 대한 부적적인 결과를 야기할 수 있으나 비일관성과 신뢰성간에 반드시 상관관계가 있는 것은 아니다. 당국에 대한 불신, 기억상이 오류, 문화적 차이, 공포의 영향, 신체적 정신적 충격의 영향, 의사소통과 번역의 오류, 공무원과 접촉해 본 경험의 부족, 담당자들이 듣고 싶어할 것으로 생각되는 이야기를 하면 자신과 가족들에게 도움이 될 것이라는 잘못된 믿음 등...

다. 위임 난민 (Mandate Refugee)

o 당사국에 의하여 보호를 받는 여부와 관계없이, UNHCR에 위임된 권한에 근거하여 UNHCR이 인정하고 보호하는 난민 - 1951년 협약에 의한 사유 뿐 아니라, 일반화된 폭력사태나 공공질서를 심각하게 교란시키는 사건으로 말미암아 생명, 신체의 완전함이나 자유에 대한 심각하고 무차별적인 위협 때문에 출신국이나 상주국으로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 않는 사람

o 그러나 이들이 협약 당사국에 의하여 난민으로 인정되지 못하는 경우에는, 협약 상 난민에게 부여되는 권리보호는 받지 못함.

라. 난민보호의 확대

(1) UNHCR의 보호대상자

UNHCR은 난민(Refugees) 뿐 아니라 비호신청인(Asylum seekers : 국제적인 보호를 신청한 사람으로서 신청에 대한 최종결정이 아직 이루어지지 않은 사람), 귀환민, 무국적자, 국내실향민 등 국제적 보호를 필요로 하는 자에 대한 보호임무도 수행.

(2) 보완적 보호(인도적 지위)

협약상의 난민정의에 해당하지 아니하여도, 일반화된 폭력이나 공공질서의 심각한 교란사태 등 OAU협약이나 카타헤나선언에서 규정한 광의의 난민정의에 해당하는 경우 광의의 난민정의에 구속되지 않는 국가들도 일반화된 폭력을 피한 사람들에게 출신국상황이 개선될 때까지 자국 영토내에 거주할 수 있다는 허가를 제공하거나, 국제인권법에 따라 고문이나 비인도적 또는 굴욕적 처우나 처벌의 위험이 있는 곳으로 개인을 돌려보내지 않는 보호를 제공.

(3) 국내피난민(IDP, Internal displaced persons)

"무력충돌, 일상화된 폭력사태, 인권침해나 자연적이거나 인위적 재해의 결과로 혹은 이를 피하기 위하여 자신의 고향이나 일상 거주지를 탈출하거나 강제로 떠날 수 밖에 없었고, 국제적으로 인정된 국경을 넘지 못한 사람이나 집단"

전통적으로 국내실향민문제는 해당국 정부의 책임이며 다른 국가나 기구의 개입은 내정간섭으로서 국가주권과의 충돌 문제가 발생하여 국제적 보호가 효율적으로 이루어지지 못하고 구체적인 수도 파악하기 어렵지만 수도 난민보다 훨씬 많고 대량인권침해가 발생하기 쉬움. 국내실향민은 협약상 난민으로 인정되지 않으며 UNHCR도 무국적자와 달리 국내실향민에 대하여는 광범한 임무를 갖고 있지 않으나, 유엔 총회의 요청이 있는 경우 관련국의 동의를 얻어 특정집단에 대한 어느 정도의 임무를 수행함. 유엔인권고등판무관실의 요청으로 1992년 국내실향민에 대한 유엔사무총장 특별대표가 임명됨.

(4) 환경난민

인위적 자연재해 즉, 환경파괴로 말미암은 재난으로 조국을 떠날 수밖에 없었던 사람들은 환경난민으로서 난민으로 보아야 한다는 주장이 제기되고 있으며 UNHCR도 환경난민문제에 관심을 보이고 있음.

지구온난화와 해수면상승으로 2010년에는 5,000만 명, 2050년에는 1억5천만 명의 환경난민이 발생할 것으로 예상

마. 난민인정의 배제

(1) 평화, 전쟁, 인도에 반하는 범죄자

(2) 피난국에 입국전 그 국가 밖에서의 중대한 비정치적 범죄자

비정치적 범죄를 저질러 재판을 받거나 징역 받는 것을 기피하여 국외로 달아난 범죄자는 난민으로 보호받지 못한다. 그러나 그러한 범죄를 저지른 사람도, 정치적인 이유 등으로 박해를 받을 수 있으므로 난민 지위에서 반드시 제외되지는 않는다.

(3) UN의 목적과 원칙에 반하는 행위를 한 자

(4) 기타 문제되는 경우

o 군인 - 난민은 민간인이므로 비호국을 기점으로 본국에 대항하여 군사적 행동을 하는 사람은 난민으로 간주될 수 없다.

o 병역 기피자

모든 국가는 국가적 긴급 상황에서 민간인을 소집하여 병력을 동원할 권리가 있으므로 단순 병역기피자는 난민이 아니다. 그러나 민간인에게도 부당한 징집에 대한 동등한 양심적 병역 기피의 권한이 있으므로, 양심적 병역 기피권이 받아들여지지 않거나, 군사적 대립 상황이 국제적인 기준에 명백히 위배될 경우, 박해의 위험이 있는 병역 기피자에게는 난민 지위가 부여될 수 있다.

o 이미 비호를 받고 있는 자

UNHCR이외의 유엔기관으로부터 보호와 협조를 현재 받고 있는 자는 난민협약의 적용대상에서 제외

바. 난민보호의 중지

(1) 종전국적국의 보호 - 자발적으로 국적국의 보호를 다시 받는 경우, 자발적 국적회복, 자발적으로 국적국에 재정착

(2) 새 국적국의 보호 - 새로운 국적취득과 새 국적국의 보호

(3) 박해사유소멸 - 박해사유소멸로 국적국의 보호나 상주국으로의 귀환을 거부할 수 없는 경우

3. 난민인정제도와 운영실태

가. 난민의 개념 및 인정요건

o 출입국관리법 제2조 2-2항은 난민정의를 별도로 규정하지 않고 난민협약의 적용을 받는 자로 규정함으로써, 박해, well-founded fear(합리적 우려), 입증책임(입증책임공유와 유리한 해석의 이익 부여) 등 난민요건에 관한 해석문제 야기

o 인도적지위(준난민)에 관한 규정이 없었으나 2008.12. 개정법에서 신설

나. 난민담당부서

o 신청접수와 면담은 출입국관리사무소장· 출장소장 또는 보호소장 - 현재 서울출입국관리사무소에는 난민문제를 전담하는 6-7명의 출입국관리공무원들로 난민실이 운영되고 있으나, 지방에는 지정된 출입국관리공무원이 난민문제를 담당(겸임)함

o 이의심사는 난민인정협의회 - 법무부차관이 위원장이 되고, 법무부의 인권국장,

출입국・외국인정책본부장, 외교통상부의 국제기구국장과 경찰과 국가정보원 등 관계기관의 공무원 및 관계전문가중에서 법무부장관이 임명 또는 위촉하는 12인 이내의 위원으로 구성 (변호사, 교수, 대한적십자사 등 민간위원 위촉)

o 총괄은 법무부 출입국,외국인정책본부 산하 국적난민과, 처분은 법무부장관

다. 난민신청과 접수거부

o 출입국관리법 제76조의2 제1항은 "법무부장관은 대한민국 안에 있는 외국인으로부터 대통령령이 정하는 바에 따라 난민의 인정에 관한 신청이 있는 때에는 그 외국인이 난민임을 인정할 수 있다"고 하여 대한민국안에 있는(상륙 또는 입국한) 외국인에 한하여 난민신청할 수 있도록 함

o 대한민국 영토 밖에 있는 난민의 재정착에 관한 규정이 없음

o 공항 항만 등에서의 난민신청에 관한 절차규정을 두지 아니함(난민임시상륙허가제도를 둠)

o 과거에는 신청기간경과, 불법체류에 대한 범칙금납부 등을 이유로 접수거부한 사례가 있었고, 최근에는 접수단계에서 진술서 작성을 요구하고 내용을 심사한 후 접수받고 있으며 난민에 해당하지 않는다는 이유로 접수거부하는 사례가 많음

라. 1년의 신청기간

o 출입국관리법 제76조의2 제2항은 "신청은 그 외국인이 대한민국에 상륙 또는 입국한 날(대한민국에 있는 동안에 난민의 사유가 발생한 때에는 그 사실을 안 날)부터 1년 이내에 하여야 한다. 다만, 질병 기타 부득이한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하여 난민신청기간을 1년으로 제한

o 다만, 난민신청자의 50% 이상이 1년이 지나 난민신청하고 있으며 실무상으로도 1년을 지났다는 이유로 접수거부한 사례는 많지 않아 1년의 신청기간 제한은 사문화되었고, 난민법 개정논의에서도 신청기간제한을 폐지하고 지연된 신청은 그 사정을 난민인정여부 결정시 고려하면 족하다는 의견이 지배적임

마. 난민심사기간의 장기화

o 선진국에서는 심사기간이 6개월 내지 1년 이내로 법정되어 있으나 한국은 심사기간이나 최초면담 기간 등이 법정되어 있지 않아 과거 심사기간이 2-4년에 이르고 5-6년씩 장기화된 사건들도 있었음.

o 최근 심사기간을 1년 내로 단축하고 있으며 장차 6개월로 단축하고자 노력하고 있음.

바. 통역과 의사소통

o 면담시 난민신청인의 진술은 난민인정에 있어서 가장 중요한 증거가 되며 원활한 의사소통과 진술의 신뢰성 및 일관성 판단을 위하여 정확한 통역이 필수적

o 현재 한국에 난민신청을 하는 사람 대부분이 비영어권 출신이나 면담시 사용한 언어는 66%가 영어, 20%가 한국어이고, 70%가량이 통역 없이 인터뷰하고 있음

사. 절차 참여와 정보제공

o 면담 심리과정에서 변호사나 NGO활동가나 친구 등 신뢰관계 있는 자의 동석이 허용되지 아니함

o 난민면담조서가 신청인의 진술대로 기재되었는지 확인할 기회가 신청인에게 제대로 주어지지 아니함(약 50%)

o 난민신청서와 본인작성의 진술서 이외에 면담조서나 조사관이 수집한 자료 등에 대하여는 열람 복사가 허용되지 아니함

o 면담조서의 사본교부, 녹음, 이의진술, 모순된 진술의 해명기회부여 등 공정성확보제도가 없음

아. 처분 및 이유고지

o 절차신속화를 위하여 난민인정여부에 관한 1차결정은 출입국,외국인정책본부장이 법무부장관 명의로 전결함

o 행정절차법 제3조 2항 9호에 의하여 난민인정에 행정절차법(제23조 이유고지 포함) 적용 배제되고 있으나 실무적으로는 난민인정거부처분시 거부처분의 이유를 고지하고 있음(이유고지는 대부분 한글)

자. 이의신청제도

o 이의신청에 대하여는 난민인정협의회의 심의에 따라 법무부장관이 결정하는 방식인데, 난민인정협의회가 난민전문가들로 구성된 위원회가 아니라 관련부서 국장급의 공무원들과 법무부장관이 위촉한 민간전문가들로 구성된 협의기관에 지나지 않고, 이의심사를 위한 인터뷰를 따로 하는 경우가 많지 않으며, 심사 및 결정을 1차 심사기관과 동일한 법무부에서 행하기 때문에 이의신청절차의 구제제도로서의 기능이 약하고, 이의신청을 통하여 결정이 뒤바뀐 사례가 극소함

o 이의신청기간도 7일로 너무 짧아 개정법에서 14일로 개정

차. 난민신청과 구금

o 강제퇴거의 대상인 외국인에 대한 퇴거집행을 위하여 대한민국 밖으로의 송환이

가능할 때까지 외국인을 보호할 수 있는데, 그 명칭은 보호이나 실질은 구금임

o 난민신청을 이유로 구금되지는 않으나, 불법체류 등을 이유로 구금된 상태에서 난민신청하는 경우 난민인정여부가 확정될 때까지 구금이 장기화되는 바, 구금의 최장기간에 관한 제한도 없고, 구금의 타당성이나 계속 필요성에 관한 사법통제도 없으며, 보증금납부조건 보호일시해제 이외에 구금에 대한 대안제도가 없어 4년간 장기구금된 사례가 있음

4. 한국의 난민 지위와 사회적 처우

가. 난민신청자의 지위와 취업문제

o 적법체류 중 난민신청한 경우라면 체류자격을 G-1(기타 체류자격)으로 변경하여 6개월 단위로 체류기간을 연장하여 줌(이의심사단계에서는 3개월단위갱신)

o 불법체류 중 난민신청자에 대하여는 신청은 접수하되 범칙금을 납부하는 경우에만 G1비자를 부여하고 범칙금을 납부하지 않은 경우는 불법체류상태로 난민인정여부 결정시까지 강제퇴거의 집행만 유예함

o 난민신청자에 대하여는 생계비나 의식주지원이 없고 취업도 금지됨

o 그러나 약 80%의 난민신청자들은 생계를 위하여 사실상 불법취업한 경험이 있으며 20%정도는 비취업

o 취업자격이 없기 때문에 취업경험자의 약 80%가 단순노무직에서 파트타임이나 일용직으로 일하고 구직의 어려움을 호소함

o 2008.12.개정출입국관리법에서는 난민심사가 일정기간(현재 1년)이상 지연되는 경우 취업허가 할 수 있도록 하고, 그 기간 전이라도 법무부장관이 필요하다고 인정하는 경우(장애 등으로 근로능력이 없는 피부양자를 부양해야 하거나 기타 이에 준하는 사유로 사무소장 등이 특히 필요하다고 인정하는 자) 취업허가 할 수 있도록 함

o 취업허가 신청 서류 : 1) 여권, 외국인등록증 등 신분증, 2) 체류자격외 활동허가 신청서, 3) 고용계약서, 사업자등록증 사본 ※ 허가 수수료 면제

o 취업허가 기간 : 3개월의 체류기간 허가 및 그 범위 내 체류자격외 취업활동 허가, 단, 3개월 내 결정되지 않은 경우 3개월 재연장

나. 난민인정자의 지위

o 취업이 가능하고 3년단위로 갱신가능한 F-2-2 비자

o 난민인정증명서와 유효기간 1년의 난민여행증명서

다. 인도적지위자

o 2008.12.개정출입국관리법에서 취업허가 할 수 있도록 함

- 체류기간을 초과하지 않은 범위 내에서 1회 6개월 내 취업허가

라. 난민 등의 권리와 사회적 처우

o 국민기초생활보장법 제5조의2 : 수급권자를 “국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국민과 혼인하여 대한민국 국적의 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람”으로 규정하고 있으나, 제5조 2항에서 “수급권자에 해당하지 아니하여도 생활이 어려운 자로서 일정기간동안 이 법이 정하는 급여의 전부 또는 일부가 필요하다고 보건복지가족부장관이 정하는 자는 수급권자로 본다”고 하여 난민에 대한 적용가능성 열어두고 있음

o 의료급여법 제3조 : 국민기초생활보장수급권자와 같이 규정

o 국민건강보험법 제93조 제2항 및 시행령 제64조 제1항 제1호 : 직장가입자(출입국관리법상 외국인등록을 한 외국인) - 난민인정자는 직장가입자가 될 수 있으나, 난민신청자는 그동안 취업을 할 수 없어서 직장가입자가 될 수 없었음

시행령 제64조 제2항 제1호 : 지역가입자(외국인등록을 한 외국인 중 보건복지가족부령이 정하는 자는 신청에 의하여 지역가입자가 될 수 있음) -시행규칙 제45조 제2항 별표 7에 의하여 F-2-2 비자는 가능하나 G-1비자는 불가

o 국민연금법 제126조 제1항 본문, 시행령 제111조 제3호, 시행규칙 제53조 별표는 당연적용에서 제외되는 외국인의 체류자격에 G-1을 규정하고 있으므로 난민신청자와 인도적 체류자는 국민연금의 가입자가 되지 못함

난민인정자에 대하여는 법 제126조 제1항 단서가 상호주의를 적용하고 있으나(대한민국은 난민협약가입시 난민에 대한 상호주의 면제를 유보함), 2008.12. 개정법에서 상호주의 적용을 배제

o 산업재해보상보험법 - 외국인의 경우에도 체류자격과 관계없이 적용되므로 난민, 난민신청자, 인도적지위자 모두에 적용

o 고용보험법 제10조 제5호, 시행령 제3조 제2항 본문과 제1호 : 거주자격 및 취업활동할 수 있는 일정한 외국인을 제외한 모든 외국인을을 적용제외근로자로 함

취업활동이 허용되지 않는 난민신청자와 인도적지위자는 고용보험에 가입할 수 없고 의무가입대상사업의 고용주에 고용된 난민인정자의 경우만 고용보험의무가입대상자가 됨

o 범죄피해자구조법 제10조 : 상호주의를 규정하나 체류자격에는 제한을 두고 있지 아니하므로 난민, 난민신청자, 인도적지위자 모두에 적용

o 긴급복지지원법 제5조 : “위기상황에 처한 자로서 이 법에 의한 지원이 긴급하게 필요한 자”에게 생계비, 의료 및 주거서비스 등을 신속하게 지원하는 공공부조제도로서 체류자격에 의한 제한이 없으나 보건복지가족부는 G-1비자는 긴급복지지원대상자에 해당하지 않는다고 함

o 교육 : 초중등교육법시행령 제19조 외국인이 보호하는 자녀 또는 아동이 초등학교에 입학하는 경우 출입국에 관한 사실증명 또는 외국인등록사실증명의 내용을 확인함으로써 입학절차에 갈음할 수 있음

중고등학교의 경우에는 학교장 재량으로 취학이 가능하나 관련법이 없음

고등교육에 관하여는 고등교육법시행령 제29조 제2항 제7호에서 “외국에서 우리나라 초중등교육에 상응하는 교육과정을 전부 이수한 외국인”은 별도의 정원으로 입학할 수 있다는 규정 외에 난민에 관한 특별한 규정 없음

o 가족결합의 원칙

난민법 개정 논의과정에서 난민의 인정을 받은 자의 배우자 및 20세가 되지 아니한 자녀도 난민으로 인정하고 대한민국 입국을 허가하는 규정을 두고자 하였으나 아직 입법되지 못함.

실무에서는 난민의 가족이 대한민국에 입국한 경우에는 가족에 대하여도 난민지위를 부여하고 가족결합의 원칙을 근거로 입국이 허용된 사례도 있음.

한국의 이주민 법제의 시각과 관련 쟁점[80]

황필규(공익변호사그룹 공감 변호사)

들어가면서

한국의 이주민정책의 기초는 ①결혼이민자 및 재외동포의 동화·차별적 포섭과 전문기술인력의 수용, ②단순노무인력 및 미등록이주민의 통제·배제로 특징 지워진 국가주의, 배타적 민족주의라고 볼 수 있다.

이주민의 인권에 관하여 국제법적으로 접근할 때, 차별금지 원칙은 중요한 국제인권기준일 뿐만 아니라, 국제관습법, 더 나아가서는 강행규범으로서의 지위를 가진다. 그리고 이러한 차별금지 원칙이 현실에서 의미를 가지기 위해서는 '취약성'이라는 개념을 매개로 하여 이주민에 대한 특별한 보호조치들이 이루어져야 한다. 또한 국제인권법은 국가의 동의를 전제로 하는 것으로 이주민의 인권 보호는 국가의 법적 책임이라는 점을 명확히 하여야 한다. "이주통제에서의 국가주권"은 이주 그 자체에만 관련된 것으로 현실에서 벌어지는 이주민에 대한 차별과 인권침해는 "국가주권"의 문제와는 무관하다는 점을 인식할 필요가 있다.

헌법의 해석상 이주민도 기본권의 주체로 인정되지만, 한국 법제는 이주민에 대한 철저한 차별과 배제에 기초해 있다. 한국의 법제는 미등록 이주민을 이주민의 범주에서 제외하고, 이주노동자 중 소수에게만 노동자로서의

80) 이 글은 2009. 6. 20. 부산대학교에서 있었던 비교공법학회 주최 학술대회 '자율규제와 사회적 약자 보호를 위한 공법적 검토'에서 발표한 글을 일부 수정·보완한 것이다.

권리를 부여하고 있다. 다문화는 한국문화에 종속하는 개념으로 이해되고 있고, 결혼이주민과 빈곤한 재외동포에 대한 차별은 법에 의해 보호되고 있다. 행정절차에 있어서나 신체의 자유와 관련해서도 법은 극단적인 차별을 정당화시키고 있다.

대다수 다른 국가와는 달리 모든 이주민의 정치적 표현의 자유는 부정되고 있고, 국가의 위법행위나 일반적인 범죄에 대한 구제도 '상호주의'만이 적용될 뿐이다. 이주민은 학교, 병원을 포함한 모든 공공기관의 감시의 대상으로 되어 있고, 미등록 이주아동의 교육권과 가족결합권은 너무도 쉽게 부정되고 있다.

이주민에 대한 현행 법제와 인식에 대한 근본적인 재검토와 적극적인 개선이 절실하다.

1. 논의의 출발점: 한국의 이주민정책과 관련된 현재의 지형[81)]

한국의 이주노동자의 본격적인 이주의 역사가 벌써 20년이 되었고, 지난 10년간 많은 제도의 변화가 있어왔으며 관련 단체들의 활동도 많은 발전을 거듭하여 왔다. 하지만 여전히 법과 제도에 있어 많은 문제점이 존재하고 있고, 그 운용에 있어서는 더 큰 문제들이 끊임없이 발생하고 있으며, 정부나 국민 일반의 차별적인 인식 역시 질적인 변화가 있었다고 보기 어려울 뿐만 아니라 오히려 기존의 동정적인 시선조차도 약화되는 경향을 보이고 있다.

최근 한국 정부는 2007년 5월 재한외국인처우기본법의 제정을 전후로 하여 법무부 산하 출입국관리국을 출입국·외국인정책본부로 확대개편하고, ①결혼이민자 및 재외동포의 동화·차별적 포섭과 전문기술인력의 수용, ②단순노무인력 및 미등록이주민의 통제·배제로 특징 지워진 국가주의, 배타적 민족주의적 접근을 강화·노골화시켜나가고 있다. 그리고 전자의 경우에도 인신매매, 가정폭력 등 인권침해적 요소들의 방치, 온존 속의 동화의 강요, 차별적 접근의 심화 등의 방향으로 나아가고 있고, 후자의 경우에는 철저한 배제, 한층 강화된 폭력적인 통제의 방향으로 나아가고 있다.

외국의 경우에도 미등록 이주민에 대한 통제의 강화, 단기순환식 이주노동자 유입정책의 화려한 부활을 꿈꾸는 보수화, 반동화의 경향이 유럽을 중심으로 강화되고 있다. 또한 유엔 차원에서도 이주와 "개발"이라는 의제의 설정으로 이주와 관련된

81) 황필규, "한국에서의 미등록 이주아동의 교육권", 「미등록 이주아동 교육권 보장을 위한 토론회」, 미등록 이주아동 합법체류보장 촉구연대, 2008. 2, 1-2면 참조.

무수히 많은 인권의 문제들을 모두 그 틀 안으로 가두려는 경향을 보이고 있다. 하지만 기존 한국 내의 이주민에 대한 지극히 최소한의 권리 보장, 출입국통제에서의 폭력적이고 무차별적인 공권력의 행사 등에 비추어 유럽 등에서의 보수화, 반동화의 결과가 현재 한국의 상태보다는 양호할 수 있고 따라서 한국의 이주민정책의 문제점을 정당화시킬 수 없다는 점도 분명히 인식할 필요가 있다.

이 글은 이처럼 이주민의 인권 보호에 역행하는 기존의 그리고 최근의 한국 법제에 대한 근본적인 문제제기를 위하여 작성되었다. 이를 위하여 국제인권기준에 입각하여 이주민의 권리가 어떻게 접근되어져야 하는지에 대한 기본적인 틀을 제시하고, 그 내용으로 차별금지 원칙의 성격과 내용, 취약성(vulnerability) 개념의 의미 혹은 함의, 국가의 인권보호 책임의 내용, 국가주권과의 관계에서 이주통제가 가지는 정확한 의미와 그 요소들을 정리하고자 한다. 나아가 관련 한국 법제가 가지고 있는 문제의 심각성을 지적하고 몇 가지 쟁점에 대해서는 비교법적인 고찰을 통해 그 문제의 객관성을 확인하고자 한다.

2. 이주민의 인권에 관한 국제법적 접근의 기본적인 틀 : 차별금지, 취약성(vulnerability), 국가의 책임 및 이주통제[82]

가. 차별금지

『세계인권선언』은 제2조 제1항에서 "모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖에 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다."고 규정하고 있고,[83] 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약』('『자유권규약』')[84]과 『경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약』('『사회권규약』

82) 황필규, "국제인권기준에 비춰본 미등록 이주민의 인권현실", 「2008 제주인권회의: 시장과 인권-생존과 존엄사이」, 한국인권재단, 2008. 6, 339-345면 참조.

83) 헌법재판소는 '세계인권선언이 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준을 선언하는 의미는 있으나, 그 선언 내용인 각 조항이 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국내법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다'라고 하였으나(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정 참조), 세계인권선언 전체가 국제관습법을 구체화한 것인가에 관하여는 논란이 있으나 유엔총회의 결의로 채택된 세계인권선언이 적어도 일부 인권보호 관련 국제관습법상의 국가의무를 제시하고 있다는 점은 국제사회에서 일반적으로 받아들여지고 있다. Robert McCorquodale and Martin Dixon, Cases and Materials on International Law, 4th ed., Oxford University Press, 2003, pp.182-202 참조; 국제사법재판소는 Teheran의 인질과 관련된 사건의 의견에서 "세계인권선언에서 선언된 근본원리들"이 이란에 대하여, 특히 자유의 위법한 박탈 및 고통스런 상황에서의 신체적 제약"을 가하는 경우와 관련하여서는, 법적 구속력을 가지는 것으로 명확히 인용하였다. United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports 1980 p.42, para. 91 참조.

')[85]도 각각 제2조에서 이와 유사한 내용을 규정하고 있다. 즉 대부분의 국제인권법은 모두 몇몇 예외적인 조항, 예컨대 『자유권규약』이 제25조에서 참정권의 주체를 "모든 시민"으로 규정한 것 등을 제외하고는 "모든 사람"을 그 권리의 주체로 함으로써 국적에 의한 차별을 배제하고 적용상의 상호주의를 부정함으로써 내외국인 평등주의를 엄격하게 규정하고 있다.

『모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약』('『인종차별철폐협약』') 제1조 제1항은 "인종차별"의 개념을 명확히 하고 있는데 협약 제1조 제2항은 국민과 외국인을 달리 취급할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 그러나 이는 차별의 기본적 금지를 훼손함을 방지하는 방향으로 해석되어야 한다. 즉 『세계인권선언』, 『자유권규약』, 그리고 『사회권규약』에서 규정되고 인정된 권리와 자유를 어떠한 방식으로든 회피하는 방향으로 해석되어서는 안 된다.[86] 비록 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리 중 참정권과 같은 권리는 국민에게 한정될 수 있더라도 모든 사람은 원칙적으로 인권을 향유할 수 있어야 한다. 당사국은 국민과 외국인(무국적자 포함)의 평등한 이들 권리의 향유를 국제법이 인정하는 범위까지 보장하여야 할 의무가 있다.[87] 국적이나 출입국자격에 기초한 상이한 취급의 기준이 협약의 목적에 비추어 합법적 목적에 따르지 않고 적용되거나 이러한 목적의 달성에 비례하지 않는다면 협약상 이러한 상이한 취급은 차별을 구성할 수 있다.[88] 당사국은 인종차별을 금지하는 입법적 보장이 출입국자격과 무관하게 외국인(무국적자 포함)에게 적용되고, 법령의 적용이 외국인(무국적자 포함)에게 차별적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 하고,[89] 출입국정책이 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 기초한 차별

---

84) 일반적으로 규약에 규정된 권리는 상호주의나 국적 혹은 무국적상태와 무관하게 모든 사람에게 적용된다. 따라서 규약상 각각의 권리가 국민과 외국인간에 차별 없이 적용되어야 함은 일반적인 원칙이다. 외국인은 규약상 보장된 권리와 관련하여 제2조에 규정된 차별금지의 일반적인 요청의 혜택을 누린다. 이 보장은 국민과 외국인 모두에게 같이 적용된다. 예외적으로 규약상 인정된 일부 권리는 명시적으로 국민에게만 적용가능하거나(제25조 참정권), 외국인에게만 적용된다(제13조 추방). Human Rights Committee (HRC), General Comment, No. 15, 1986, pp.1-2.

85) 규약은 수록된 권리를 특성상 당사국에 대하여 "권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여" "자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것"을 요구하고 있으나(제2조 제1항), 이러한 권리의 "점진적" 달성은 국적이나 출입국자격의 차별 없이 이루어져야 한다. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No.14, 2000; 또한 규약은 개발도상국은 인권과 국가경제를 고려하여 외국인에게는 규약상의 경제적 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있다(제2조 제3항). 세계은행 등의 기준에 비추어 한국은 개발도상국으로 분류될 수 없다는 점에서 이 조항은 별다른 의미를 가질 수 없는데, 이 외에도 "인권과 국가경제를 고려"하여야 한다는 점, 제한되는 권리가 "경제적 권리"에 국한된다는 점을 지적할 필요가 있다.

86) Committee on the Elimination of Racial Discrimination(CERD) General Recommendation, No.30, 2004, p.2.

87) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 3.

88) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 4.

89) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 7.

적 효과를 가지지 않도록 보장하여야 한다.[90] 당사국은 비록 취업허가가 없는 외국인(무국적자 포함)에게 일자리 제공을 거부할 수는 있지만, 모든 사람이 고용관계가 시작되면 그것이 종료될 때까지 집회와 결사의 자유를 포함한 근로와 고용과 관련된 권리를 부여받았음을 인정하여야 한다.[91] 모든 인권조약의 중심에 놓인 차별금지는 국민과 이주민 모두에게 평등한 보호를 제공하여야 한다.[92] 이주민 특히 미등록 이주민의 상황의 악화를 막는 유일한 방법은 이 집단의 인권을 인정하고 차별금지의 원칙을 적용하는 것일 수밖에 없다.[93]

또한 차별금지의 원칙은 국제관습법으로서 인정되기도 한다.[94] 인권위원회(Human Rights Committee, '자유권위원회')는 "차별금지의 원칙은 법 앞의 평등 및 차별 없는 법의 평등한 보호와 더불어 인권의 보호와 관련된 기본적이고 일반적인 원칙을 구성한다."[95]고 밝힌 바 있고, 국제사법재판소도 Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. 사건에서 "차별금지의 원칙은 특히 인종과 관련된 경우, 오랫동안 국제관습법으로 간주되어 왔다."[96]고 판시하였으며 South West Africa 사건에서 Tanaka 재판관은 반대의견을 통해 "평등의 원칙은 유엔헌장의 불가결한 부분으로서 또는 일반국제법의 독립된 연원으로서 직접 적용이 가능"하며 "인종에 기초한 차별 혹은 분리금지의 규범은 국제관습법이 되었다."고 주장한 바 있다.[97]

차별금지의 원칙은 국제관습법일 뿐만 아니라 강행규범(Jus Cogens)[98]일 수 있다. 인종차별철폐위원회는 인종차별금지가 국제법상 강행규범임을 언급한 바 있다.[99] 국제법위원회(International Law Commission)는 일반적인 차별금지가 아닌 인종차별금

90) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 9.
91) CERD General Recommendation, No.30, 2004, para. 35.
92) Office of High Commissioner for Human Rights(OHCHR), Migration and Development: a Human Rights Approach, High Level Dialogue on International Migration and Development, New York, Sept. 2006, para. 2.
93) Gabriela Rodriguez Pizzrro, Report of the Special Rapporteur on rights of migrants(UN Special Rapporteur), UN Doc. E/CN.4/2005/85, 2005, para. 75.
94) 일부 국가들은 헌법에서 차별금지의 원칙을 불분명하게 규정하거나 이주민과 같은 일부 집단에게 적용하지 않는 경우가 있는데 이러한 경우 국제관습법에 관한 논의는 특별히 그 의미가 크다.
95) HRC, General Comment No.18, 1989, para. 1.
96) ICJ Judgment on Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd., Belgium v. Spain, 1970.
97) Dissenting Opinion of Judge Tanaka, ICJ Judgment on South West Africa, Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa, Second Phase, 1966.
98) 조약법에 관한 비엔나협약 제53조(일반 국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약) 조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대 규범은 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.
99) CERD, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism, UN. Doc. A/57/18, Chapter XI (C), 2002, para. 4.

지가 명확하게 수용되고 인정된 강행규범임을 지적하고 있는데, 인종차별금지가 강행규범으로 간주된다면 "인권의 이론과 유엔의 원칙"상 성이나 국적 기타 다른 사유에 따른 차별금지가 배제되어야할 이유나 정당화사유는 존재하지 않는다고 보아야 한다.[100] 평등권은 유엔헌장에 규정된 유일한 권리라는 점 외에도 평등과 차별금지는 모든 사람의 고유한 성질과 존엄성이라는 근본적인 관념으로부터 도출되고 평등권의 부정은 개인의 가치에 존재하는 인권의 기초의 부정임을 주목할 필요가 있다.[101] 미주인권재판소는 "국내적 국제적 공공질서의 전체적인 법적 구조가 법 앞의 평등, 법의 평등한 보호 및 차별금지의 원칙에 기초하고 있고 이 원칙은 모든 법에 스며들어 있는 근본적인 원칙이라는 점에서 이는 강행규범에 속한다."고 판시하고 있다.[102]

나. 취약성(Vulnerability)

'취약성' 개념은 국제인권(법)에 관한 논의에서 가장 광범위하게 사용되는 용어 중의 하나이다. 예컨대, 유엔 웹사이트를 검색하면 '취약성'(vulnerability) 혹은 '취약한'(vulnerable)의 용어가 포함된 문서가 37,000개에 이른다(2009년 5월 1일 현재). 그러나 현재까지 '취약성'이 국제인권법상 인정된 개념이라고 볼 수는 없고 또한 그 개념의 정의나 개념요소들에 대해서 명확한 합의가 존재하지도 않는다. 그렇지만 그 국제인권법상의 정의나 의미를 규명하려는 노력은 꾸준히 있어 왔다. 예컨대, 이주민의 인권에 관한 정부간 전문가 실무그룹은 '취약성'이 국가 혹은 국가간 권력구조에 의하여 개인에게 부과된 권한 혹은 권력의 부족 혹은 부재('lack of empowerment or powerlessness') 상황으로 이해될 수 있다고 하였다.[103] 또한 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회('사회권위원회')는 적절한 먹거리에 대한 권리와 관련하여 "사

100) Bruno Simma and Philip Alston, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles, *Australian Yearbook of International Law,* vol. 12, 1988-1989, p.93.

101) Dinah Shelton, Are There Differentiations among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability, *UNIDEM Seminar: The Status of International Treaties on Human Rights,* Coimbra, Portugal, 7-8 October, 2005, <http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UD(2005)020rep-e.asp>, 2009. 8. 31. 방문.

102) Inter-American Court of Human Rights, Judicial Conditions and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003.

103) Jorge A. Bustamante, Working paper of the working group of intergovernmental experts on the human rights of migrants, UN Doc. E/CN.4/AC.46/1998/5, 1998, para. 28.

회적으로 취약한 집단"을 "특별한 프로그램을 통한 보호를 필요로 하는 특히 빈곤한 인구의 구성부분"이라고 정의하였고,[104] 일부 학자들 역시 '취약성'을 인권의 관점에서 특별한 보호나 관심을 받는 혹은 받아야하는 인구의 구성부분으로 설명하고 있다.[105] '취약성'의 개념이 국제인권문헌에서 광범위하게 사용되고 있고, 아래에서 보는 바와 같이 특히 차별금지의 원칙과 관련하여 여러 중요한 기능을 수행한다는 점에서 국제인권법상의 개념으로 인정될 필요가 있다.

첫째, '취약성'의 개념은 차별금지사유와 차별적인 법과 관행과 밀접하게 관련되어 있다. 상당수의 유엔인권조약이 여성, 아동, 소수인종, 고문의 (잠재적) 피해자 등 특정한 취약 집단을 직접적인 대상으로 한다. 둘째, 일부 취약 집단에 대한 구별은 엄격한 심사와 차별의 추정을 수반한다. 예컨대, 성과 같이 국제인권장전에 명시적으로 규정된 차별금지사유는 특별한 취약성을 의미하는 것으로 보아야 하며, 이를 판단함에 있어서는 지속적인 차별의 역사뿐만 아니라 현 시점에서의 이들 집단의 상황이 충분히 고려되어야 한다. 셋째, 특정집단의 사회적 취약성의 구조적인 성격은 인종차별 등의 문제를 해결하기 위한 적극적 평등실현조치를 허용한다. 넷째, 장애인이나 수용자 등 대부분의 취약집단에 대하여 실질적인 평등을 보장하기 위해서는 특별한 보호조치 혹은 절차가 필요한 경우가 대부분이다. 다섯째, 차별금지 원칙의 실질적 실현을 위하여, 적극적 평등실현조치나 특별한 보호조치 외에도 기존의 권리에서 유래하고 발전되어 온 독립된 권리가 요구되기도 한다. 예컨대 자유권규약상의 소수민족의 권리(제27조)는 이들의 일반적인 문화, 종교 혹은 언어에 대한 군리와는 명확하게 구별된다. 여섯째, 차별행위를 평가함에 있어서 법익형량은 취약성에 의하여 상당하게 영향을 받게 된다.[106] 다양한 사회적 집단의 인권상황을 분석하고 이들 집단에 대한 차별을 해소하기 위한 정책적 조치들을 마련함에 있어서 '취약성'의 개념을 적극적으로 활용함은 소위 적극적 권리와 소극적 권리의 이분법을 극복하는 데에도 도움이 될 수 있다. 또한 특정 집단의 취약성의 원인과 결과 및 성격에 대한 분석은 취약 집단에 대한 미시적, 거시적 차원에서의 총체적인 접근을 가능하게 해주며 바람직한 권리에 기초한 포괄적인 접근을 가능하게 해준다.

국제인권법에 의하더라도 이주민의 정치적 대표성의 부재와 상시적인 강제추방의 가능성은 정당화될 수 있다. 자국에서 떠나있다는 사실 자체가 이주민의 취약성의 출발점이다. 이것은 문화적 및 언어적 장벽, 거주국의 법과 관행에 대한 무지를 수반

---

104) Committee on Economic, Social and Cultural Rights(CESCR), General Comment No. 12, 1999, para. 13.

105) Alexander H. E. Morawa, Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law, *Journal of International Relations and Development,* vol. 6, No. 2, June 2003, p.139.

106) Alexander H. E. Morawa, The Concept of Non Discrimination: An Introductory Comment, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe,* Issue 3/2002, 2002, pp.1-7.

한다. 노동자, 여성 혹은 아동으로서 이들은 다중의 차별에 노출되어 있다. 인종주의와 외국인혐오주의와 관련되거나 이에 의하여 강화되는 사회적 배제와 차별에 의하여 이들의 삶은 더욱 힘들어지고 이들은 종종 거주국의 안보위험의 혐의자 혹은 희생양이 되기도 한다. 결국 차별은 이주민의 취약성의 기초가 된다. 차별은 성, 인종, 종교 등과 맞물려 더욱 강화되는데 사업장에서의 근로조건, 사회서비스, 사법제도, 교육, 주거, 건강 및 의사결정과정의 참여 등에의 접근을 포함한 사회생활 전반에 걸쳐 영향을 미치는 배제, 불이익 및 침해의 상호강화의 패턴을 만들어낸다.[107] 특히 미등록 이주민의 경우, 비록 이주민의 권리가 국내법에 규정되어 있는 경우에도 그들의 권리행사의 노력은 그들로 하여금 좀 더 안정된 체류의 박탈 혹은 강제추방 그리고 출입국과 관련된 처벌에 노출시킨다. 이러한 "보복의 두려움"은 이주민의 권리행사의 능력과 의지를 체계적이고 제도적으로 방해하는 역할을 한다.[108] 따라서 국가는 미등록 상황에 놓인 모든 이주민들이 보복의 두려움 없이 그들의 권리의 침해에 대한 이의절차를 제기할 수 있도록 효과적이고 접근 가능한 통로들을 마련하여야 한다.[109]

유엔 이주민의 인권에 관한 특별보고관은 2006년 유엔인권위원회에 제출한 보고서에서 체류자격 없는 외국인근로자가 처할 수 있는 인권 취약성에 대하여 언급하고 있다. 즉, 미등록 이주민과 관련하여 발생하는 인권침해는: 많은 경우에 여성과 아동이 포함된 인신매매와 밀입국알선의 상황; 국경통제과정에서 발생하는 생명권과 인격권의 침해; 처벌받지 않고 사인에 의하여 이루어지는 다양한 형태의 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해, 예컨대 장시간 근로, 법에 의하여 보장되는 최저임금이하의 임금지급, 가혹하고 위험한 근로조건 등; 자유와 안전의 권리의 침해와 같은 추방절차에서의 다양한 부적절한 상황, 특히 이주민이 행정적 구금 하에 놓인 경우, 공정한 청문의 자유의 침해, 부적절한 구금조건, 동반자 없는 아동 등 취약한 사람의 보호의 부족, 부실한 처우 등을 포함한다.[110]

---

107) OHCHR, Migration and Development: a Human Rights Approach, High Level Dialogue on International Migration and Development, New York, Sept. 2006, paras. 61-74 참조

108) Linda S. Bosniak, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers' Convention, Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan and Erika Szyszczak eds., *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p.323.

109) Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (CMW), Contribution to the High Level Dialogue on Migration and Development of the General Assembly, 2006, para. 15(f).

110) Jorge Bustamante, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, E/CN.4/2006/73, 2006, para. 54.

다. 국가의 책임

국제인권법의 수용은 국가가 동의에 의하여 국제인권규범에 스스로를 구속시키는 주권적 행위이다. 이러한 국가의 자발적인 행위는 바로 그 주권의 행사이기 때문에 국제인권법은 국가 주권과 충돌하지 않는다. 국제인권법이 과도한 기대를 유발하는 이상적인 어떤 것이라는 관념은 잘못된 것이고 인권조약이 강대국의 입장이 상당 부분 반영된 국제정치 혹은 협상의 산물이라는 사실을 간과하는 것이다. 유엔헌장이 인권과 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수를 증진시킬 의무를 규정하고 있고 인권조약의 계약적인 측면은 당사국으로 하여금 조약상의 의무를 지킬 것을 요구하게 된다.[111]

유엔회원국이자 국제인권조약의 당사국인 국가의 경우 그 기초 작업과 조문화 과정 그리고 마지막으로 비준을 통해 이러한 문헌에 담긴 권리, 특히 차별금지의 원칙에 대한 일반적인 법적 의무를 가지게 된다. 또한 차별금지 원칙과 기타 일부 국제관습법 혹은 강행규범의 경우, 비록 국가가 이러한 조약의 당사국이 아니라고 하더라도 이러한 의무를 여전히 지니게 된다. 경우에 따라서는 국제인권조약 자체가 명시적으로 차별 기타 인권침해에 대한 효과적인 구제를 받을 권리 등을 규정하여 국가의 의무를 특정하기도 한다.[112] 차별금지 원칙의 불가결한 요소를 구성하는 '취약성'이 개인 혹은 집단의 권리와 국가의 의무와 관련되기 때문에, 취약성의 확인은 국가에게 특별한 주의를 요구하게 되고 보호의무의 부과에까지 이르게 된다.[113] 위에서 언급한 취약성의 개념과 기능은 모두 국가 의무의 구체적인 내용을 정의하는 데 있어서의 기본적인 틀이 될 수 있다.

(미등록) 이주민과의 관계에서 차별금지의 적극적인 요소가 특히 중요성을 가지는 데 많은 이주민이 민간 기업에서 일하고 있고 주로 정식시장이 아닌 곳이나 가정에서 일을 하기 때문이다. 유엔 이주민의 인권에 관한 특별보고관은 (미등록) 이주민에 대한 많은 인권침해가 사적 주체에 의하여 이루어짐을 언급하면서 국가의 책임이 없지 않음을 강조하고 있다. 즉, 당사국은 입법과 법집행의 태만의 책임이 있으므로 밀입국알선자와 인신매매자, 사적 고용기관 및 인권침해적 고용주의 행위의 책임은 일차적으로 사적 개인이나 회사에게 있지만, 당사국은 이주민의 권리를 실현함에 있어서 적절한 노력을 다하지 아니한 책임을 보유한다는 것이다.[114] 또한, 당사국은 이들에게 결사의 자유에 대한 권리, 어떠한 노동조합이나 결사에 자유롭게 가입하고 참

111) Human Rights Committee(HRC), General Comment No.31, 2004, para. 2.
112) 자유권규약 제2조, 사회권규약 제2조 참조.
113) Morawa, Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law, p.147.
114) E/CN.4/2006/73, para.63.

여할 수 있는 권리, 기초적 건강 보호 및 아동의 교육에 대한 기초적 접근권을 보장할 책임이 있다.[115]

라. 국가주권과 이주통제

유엔인권시스템에서 외국인에 대한 차별금지의 원칙의 유일한 명시적인 예외는 참정권과 강제추방과 관련된다. 이는 국가들의 영토적 권한, 즉 외국인의 출국과 입국을 통제하고 국적을 부여할 권한을 묵시적으로 확인하고 있는 것이다. 국적에 대한 권리와 참정권은 국가의 구성원으로서의 지위와 그 국가의 운명을 결정할 수 있는 권리와 관련된다. 이런 면에서 이주민의 참정권을 제한하는 것은 일면 합리적이라고 볼 수 있지만, 이주민의 사회구성원으로서의 지위는 어떻게 볼 것인가, 이주민 자신과 직접적으로 관련된 문제들에 대한 대표성의 결여는 불가피하게 이들의 근본적인 취약성을 규정한다고 했을 때 이를 어떻게 볼 것인가, 지방 차원에서의 참정권도 국가주권의 문제인가 등의 문제는 여전히 남는다.

많은 경우, "이주통제에서의 국가주권"에 관한 주장은 그 개념의 불가분성을 전제로 한다. 예컨대, "국가는 외국인을 아예 받아들이지 않을 수 있기 때문에, 국민의 권리보다 적은 권리를 부여할 수도 있고, 제한된 조건 하의 일정한 권리를 부여할 수도 있다."[116]는 주장이 그러하다. 그러나 이러한 주장은 합리적이지도 않으며, 국제법의 관점에서도 받아들이기 어렵고, 모든 차별적인 법과 관행을 합리화시키는 데 활용될 수 있다. 외국인을 받아들인다는 것은 단순히 입국을 허용하는 것이거나 생산요소 혹은 개발인자를 도입하는 것이 아니라, 오히려 그 외국인이 그를 받아들이는 국가의 관할권 내에 들어오게 되면 원칙적으로 차별금지의 원칙 하에서 국제법 및 국내법제가 보장하는 모든 권리를 그 외국인에게 부여한다는 국가의 주권적 결정을 포함하는 것이다. 따라서 외국인 수용국의 비용-이익 분석도 처음부터 모든 관련된 권리를 고려하면서 이루어져야 하는 것이다.

입국, 체포, 구금 및 강제퇴거 상의 절차적 권리는 국가주권과는 아무런 관련이 없다. 이는 법의 지배와 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우로부터 보호받을 권리와 같은 근본적인 권리의 보호의 문제일 뿐이다. 외국영토에 거주하는 이주민의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 그 체류의 기간이나 정규성과 무관하게 그 국가의 영토 혹은 관할권 하의 모든 이의 권리를 차별 없이 증진하고 보호할 국가의 의무와 직접적으로 관련된다. 따라서 이러한 면에서의 어떠한 제한이나

115) E/CN.4/2006/73, paras.61. 65.
116) Bosniak, op. cit., p.331.

차별은 국가주권의 문제가 아니며 정당한 목적과 균형성의 심사의 대상이 될 뿐이다.

따라서 "특정 국가의 이민법을 위반하고 그 국가에 입국한다고 하여 인권기준에 입각한 이주민의 근본적인 권리들이 박탈당하지는 않으며 또한 이것이 비정규적 상황에 놓인 이주민을 보호하여야 할 국가의 의무에 영향이 미치지도 않는다."[117] "고용국가가 한 개 또는 그 이상의 부문에서 국가의 생산을 보호하기 위해 불법이주노동자들을 고용하여 그들을 착취하여 고용주에 비해 취약한 그들의 상황을 이용하거나 낮은 임금을 제공하거나 법정에 노동권이 침해되었다고 신고하지 못하도록 함으로써 그들의 노동을 착취하도록 권장하거나 용인해서는 안 된다. 국가가 이민 정책을 포함한 공공정책의 목적을 달성하기 위해 법 앞에서의 평등의 원칙과 차별 금지의 원칙을 경시할 수 없다. 이 일반적인 원칙은 항상 존중되고 보장되어야 하고 이에 반하는 행동 또는 태만은 국제인권협약에 위배되는 것이다."[118]

결국, 이주통제에서의 국가주권의 문제는 체류의 허용 (기간 포함), 취업의 허용 (기간, 종류 포함), 비정규 이주민, 그리고 법이 특정한 경우 정규 이주민의 강제추방 그 자체와만 관련이 있다. 그러나 이 영역에서도 난민이나 강제송환의 금지의 원칙 등 일정한 예외가 존재한다. 그리고 과연 국가가 이러한 권한조차도 갖는 것이 정당한가의 문제는 매우 중요한 문제이고 충분한 논의가 이루어져야 할 것이지만 적어도 현존하는 국제인권기준의 틀은 넘어서는 논의이다.

3. 이주민을 바라보는 한국 법제의 태도[119]

비록 헌법이 기본권의 주체를 "국민"으로만 표현하고 있으나 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민과 유사한 지위에 있는 외국인[120]은 기본권 주체가 될 수 있는바, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 인간의 권리로서 외국인도 주체가 될 수 있고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 뿐이다.[121] 따라서 헌법의 해석상 외국인도 원칙적으로 기본권의

117) Global Commission on International Migration(GCIM), Migration in a interconnected world: New directions for action, 2005, p.55.

118) Inter-American Court of Human Rights, Judicial Conditions and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003.

119) 황필규, "국제인권기준에 비춰본 미등록 이주민의 인권현실", 345-347면 참조.

120) "외국인"에 대하여 국적법 제3조 제1항은 "대한민국의 국민이 아닌 자", 출입국관리법 제2조 제2호는 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자"로 정의하여 외국국적을 가진 자와 무국적자를 모두 포함하고 있다. 그러나 한국은 무국적자의 지위에 관한 협약에 가입하였고, 국내에 체류하는 무국적자가 점차 늘어나고 있음에도 불구하고 정부는 이들의 체류와 인권 보호에 대한 정책을 사실상 전혀 제시하지 못하고 있다.

121) 헌법재판소 1994. 12. 29. 선고 93헌마120 결정; 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정 참

주체이고 헌법 제11조 평등의 원칙조항의 차별금지 사유 중 '국적'이 포함됨 역시 당연히 인정되고 있다. 헌법의 적용이 그 영토, 즉 "한반도와 그 부속도서"(헌법 제3조)에 미친다고 할 때, 비록 미등록 이주민이 대한민국의 영토에 법적으로 체류할 권리가 없고, 그 영토로부터 강제추방되어야 할 대상이라고 하더라도, 그 영토에 사실적으로 존재하는 한 입국의 자유(헌법 제14조)를 제외하고는 체류자격 있는 이주민과 달리 헌법상의 기본권을 부정할 수는 없을 것이다. 다만 헌법 제37조 제2항에 의하여 "국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여" 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 과잉금지의 원칙이 모두 충족되는 경우에 한하여[122] 형식성, 일반성, 추상성 및 명확성이 모두 확보된 법률로써 기본권은 제한받을 수 있는데 이 경우에도 그 본질적 내용을 침해당하지 아니한다.

그러나 한국의 법제는 이주민에 대하여 철저한 차별과 배제에 기초하고 있다. 우선 외국인에 대한 기본법이라고 볼 수 있는 『재한 외국인 처우 기본법』은 제2조 제1호에서 "재한외국인"의 정의를 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 대한민국에 거주할 목적을 가지고 합법적으로 체류하고 있는 자"로 규정하여 미등록 이주민을 그 개념 정의에서부터 배제하고 있다. 또한 소위 "불법체류외국인"은 단지 체류자격 있는 이주민에 관한 기본계획을 효율적으로 수립함에 있어 실태조사가 되어야 할 대상일 뿐이다(『재한 외국인 처우 기본법』 제9조 제1항).

"외국인근로자"의 개념에 있어서도 『외국인근로자의 고용 등에 관한 법률』 제2조에서 "대한민국의 국적을 가지지 아니한 자로서 국내에 소재하고 있는 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있거나 제공하고자 하는 자"라고 규정하면서도 대통령령을 통해 미등록 이주노동자를 포함한 상당수의 이주노동자를 그 개념에서 배제하고 사실상 고용허가제로 들어온 이주노동자만을 "외국인근로자"의 개념에 포섭시키고 있다.[123] 이를 통하여 특히 정부는 미등록 이주민의 노동기본권의 주체성을 부정하려고 하고 있고, 사회보장법제에서는 명시적, 묵시적으로 그 사회적 권리가 철저하게 부정하고 있다. 미등록 이주민의 인권을 출입국관리의 관점에서 바라보는 한국 법제의 전반적인 기조는 미등록 이주민의 노동3권과 관련된 소송의 아래 1심 판결문에 잘 드러나 있다. "이른바 불법체류 외국인은 출입국관리법상 취업이 엄격히 금지되어 있고, 때문에 이들은 장차 적법한 근로관계가 계속될 것임

조.

122) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정; 헌법재판소 1989. 11. 22. 선고 89헌가13 결정 참조.

123) "산업연수생은 … 기술, 기능 또는 지식을 목적으로 하고 있으므로 근로기준법 및 노동조하법상의 근로자로 볼 수 없다." 근기 68207-1974, 1994. 12. 13. 시행; "산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시, 감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다." 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 판결.

을 전제로 근로조건의 유지·개선과 지위향상을 도모할 법률상 지위에 있는 것으로는 보이지 아니하므로 불법체류 근로자들이 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 (라)목의 노동조합가입이 허용되는 근로자에 해당한다고 보기 어렵다."[124]

위 서울행정법원의 판시내용은 몇 가지 심각한 문제를 지니고 있다. 첫째, 근로자의 근로3권의 보장에 단지 국가기관 등의 형식적인 행정작용이 개입된다는 이유만으로 이를 부정하는 것은 전혀 그 취지와 법리를 달리하는 기본권의 영역과 특수한 행정작용인 출입국관리를 혼동하는 것이고, 체류자격 없는 외국인근로자의 기본권 문제를 출입국관리라는 행정작용에 종속시켜서 파악하는 위험한 발상이다. 둘째, 근로자의 근로3권은 실질적 근로관계로부터 도출되는 근로자성과 사용자와의 관계에서의 사회적 약자성에서 도출되는 것인데, 2005구합18266 판결의 논리로 일관한다면 체류자격 없는 외국인근로자는 그 근로자성이 매 찰나 긍정과 부정을 반복하는 것이거나, 단속 혹은 강제퇴거를 정지조건부로 하는 근로자성을 가진다는 기이한 결론이 도출되게 된다. 기본권의 행사라는 것은 당연하게도 "장래"를 전제로 하는 것인데 그 "장래성"을 부정하는 것은 결국 그 권리 자체를 부정하는 것이 될 수밖에 없는 것이다. 셋째, 근로3권은 개인이자 경제적 약자로서의 근로자에게 헌법과 법률에 의하여 부여된 기본권으로 경제적 강자인 사용자와의 관계에서 의미를 가지는 권리이고 이를 통하여 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현되게 되는 것인데, 출입국관리법이 미등록 이주민의 취업과 한국인의 그 고용의 행위의 위법성을 동일하게 평가하면서도 개인이자 경제적 약자의 위치에 있는 이주민의 노사관계에서의 권리를 전면적으로 부정하는 것은 국가가 나서서 사인간의 차별 혹은 불평등을 조장하는 것이 되는 것이다. 서울고등법원에서는 아래의 판시를 통해 1심 법원의 결론을 뒤집고 있는데 현재 이 사건은 대법원에 계류 중이다.

"불법체류 외국인이라 하더라도 우리나라에서 현실적으로 근로를 제공하면서 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 이상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자에 해당한다고 보아야 한다. 또한 … 출입국관리법이 … 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것에 불과할 뿐이고, 취업자격 없는 외국인 근로자가 사용자와 대등한 관계를 이루어 근로조건을 향상시키기 위한 근로자단체를 결정하는 것까지 금지하려는 취지로 보기는 어렵다."[125]

국내에서 법률차원에서 유일하게 "다문화"와 관련된 정의를 내리고 있는 『다문화가족지원법』 제2조 제1호에 의하면 "다문화가족"이란 "결혼이민자와 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족" 또는 "귀화허가를 받은 자와 출생 시부터 대한민국 국적을 취득한 자로 이루어진 가족"만을 의미한다. 즉, 한국 국민의

124) 서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266 판결 참조.
125) 서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결.

포함된 가족만이 다문화가족이 될 있고 이주민으로만 구성된 가족은 다문화가족이 아니라는 것이다. 또한 이주민, 특히 이주노동자의 주요한 체류자격인 산업연수(D-3), 고용허가제 하의 이주노동자들의 비전문취업(E-9), 대다수 취업 재외동포의 방문취업(H-2) 등은 가족동반을 원천적으로 배제하고 있기 때문에 많은 경우 이주민가족의 존재 가능성 자체가 부정되고 있다.[126] 이주민은 한국인과 결혼하더라도 그의 신분이 바로 한국인이 되지 않는다. 그는 한국 가정으로 편입은 되었으나 한동안 여전히 '외국인'으로 살아가야 하는 것이다. 국제결혼한 이주민이 1년을 산 뒤에는 체류연장 허가를 받아야 하고, 2년을 살고 나서는 국적신청을 통해서만 귀화허가를 받을 수 있다. 그 전에는 한국인 배우자가 '신원보증철회'라도 하면 체류자격 없는 강제퇴거대상자가 된다. 체류연장과 국적신청을 할 때에는 한국인 배우자의 도움이 필수적이다. 결혼생활이 유지되고 있는데도 한국인 배우자가 의도적으로 체류연장과 국적신청을 돕지 않는다면 외국인 배우자는 강제퇴거의 위험에 노출된다. 따라서 2년이라는 기간 동안 국제결혼한 이주민의 신분은 매우 불안정적이며, 이와 같은 상황은 때때로 한국인 과 외국인 부부 사이를 위계적인 관계로 자리매김되도록 작용하고 있다.[127] 한편 베트남과 필리핀에서는 영리목적 결혼중개업이 불법으로 규정되어 있는데,[128] 한국 정부는 1,000개가 넘은 국제결혼중개업자들의 현지에서의 위법행위를 사실상 방치하고 있다.[129]

재외동포에게 출입국과 취업에 있어서 상당한 권리를 부여하고 있는 『재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률』은 이것이 사실상 재중동포와 재러동포 등 일반적으로 그리고 상대적으로 가난한 국가의 가난한 동포들을 그 적용대상에서 배제함으로써 위헌결정을 받은 바 있다. 현재 이 법이 제2조에서 재외동포를 "대한민국의 국

126) 출입국관리법 시행령 별표 1: 외국인의 체류자격 28. 동반(F-3): 문화예술(D-1) 내지 특정활동(E-7)자격에 해당하는 자의 배우자 및 20세 미만의 자녀로서 배우자가 없는 자[산업연수(D-3)자격에 해당하는 자는 제외].

127) 공익변호사그룹 공감, 「이주노동자지원활동가를 위한 법률메뉴얼」, 2007.

128) "베트남 68호 명령 제2조 ①국제결혼의 보호, 국제결혼을 통한 인신매매, 노동착취, TGJD폭행 기타 착취행위 금지 ②이윤을 목적으로 한 결혼중개 금지; 필리핀 우편주문 신부 금지법 제2조 우편주문방식이나 개인적 소개 방식으로 필리핀 여성과 외국인과의 결혼을 알선할 목적으로 사업체를 설립하거나 사업을 하는 행위 금지, 위반 시 6년 이상 8년 이하의 징역 또는 8,000페소 이상 20,000페소 이하의 벌금 부과". 인권단체연석회의・민주사회를 위한 변호사모임, 「한국인권보고대회 자료집」, 2007에서 재인용).

129) 결혼중개업의 관리에 관한 법률 제11조 (외국 현지 법령 준수 등) ①국제결혼중개업자는 국제결혼중개를 함에 있어서 현지 법령을 준수하여야 한다. ②외교통상부장관은 국제결혼중개업자가 외국 현지 형사법령을 위반한 경우 관련 내용을 보건복지부장관에서 통보하여야 하고, 보건복지부장관은 이를 시・도지사에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조(영업정지 등) ①시・도지사 또는 시장・군수・구청장은 결혼중개업자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다.

9. 제11조 제2항에 따라 외국 현지 형사법령을 위반하여 보건복지부장관에게 통보된 경우.

적을 보유하였던 자(대한민국 수립 이전에 국외로 이주한 동포를 포함한다) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 대통령령이 정하는 자" 등으로 규정하여 형식적으로 모든 재외동포를 이 적용범위에 포함시키고 있는 것이 사실이다. 그러나 이 법에 의해 주어지는 활동제한 없는 재외동포(F-4) 체류자격의 경우 "단순노무행위"를 목적으로 하는 경우에는 그 적용을 배제하고 있고(『출입국관리법 시행령』 제27조의2 제3항), 중국, 러시아 등 이주노동자들이 들어오는 거의 모든 국가들을 불법체류다발국가로 고시하여 이들 국가의 제외동포의 입국과 체류에 대해서는 엄격한 자격요건을 강요하고 있는 등(『법무부장관 불법체류다발국가 고시』) 기본적으로 가난한 재외동포는 『재외동포의 출입과 법적 지위에 관한 법률』상의 혜택을 받는 재외동포가 될 수 없음을 선언하고 있다.

"행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보"(제1조)를 목적으로 하는 『행정절차법』은 "출입국"에 대하여는 적용되지 아니한다(제3조 제2항 제9호). 법원도 "행정절차법 제3조 제2항 제9호에 의하면 외국인의 출입국에 관한 사항에 대하여는 행정절차법이 적용되지 아니한다 할 것이므로, 이 사건 퇴거명령의 경우에 피고가 원고에게 처분의 이유를 제시하지 아니하고, 불복방법 등을 고지하지 아니하였다 하더라도 그 사유로 이 사건 처분이 위법 하다고 할 수 없다."고 판시하여 이를 확인하고 있다.[130] 결국 이주민은 행정절차에 있어서의 절차보장, 예컨대 이유부기, 청문, 관련 자료 열람등사 등의 권리가 법적으로 부정되고 있는 것이다.

헌법 제12조 제6항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다."고 규정하고 있고, 헌법재판소는 이에 대하여 헌법에 제12조에 규정된 '신체의 자유'는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로 최소한 모든 형태의 공권력 행사기관이 '체포' 또는 '구속'의 방법으로 '신체의 자유'를 제한하는 사안에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 판시한 바 있다.[131] 그런데 이를 구체화하기 위하여 마련된 『인신보호법』은 제2조 제1항에서 "피수용자"의 정의를 "자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설, 복지시설, 수용시설, 보호시설 … 에 수용, 보호 또는 감금되어 있는 자"로 규정하면서 "출입국관리법에 따라 보호된 자"를 그 적용범위에서 배제하고 있다. 즉 미등록이라는 이유 하나만으로 헌법이 보장한 인신보호를 부정하고 있는 것이다.

『출입국관리법』 제63조 제1항은 "사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장은 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없는 때에는 송환이 가능할 때까지 그를 외국인보호실, 외국인보호소 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 보

130) 서울행정법원 2005. 1. 26. 선고 2004구합28570 판결 참조.
131) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정 참조.

호할 수 있다."고 규정하여 미등록 이주민에 대한 무기한 구금을 가능하게 하고 있다. 비록 대법원이 "출입국관리법 제63조 제1항의 보호명령은 강제퇴거명령의 집행 확보 이외의 다른 목적을 위하여 이를 발할 수 없다는 목적상의 한계 및 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 송환에 필요한 준비와 절차를 신속히 마쳐 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제조치"[132]라고 해석하고 있기는 하지만 외국인에 대하여는 내국인과는 달리 형의 선고나 특별한 장애가 없어도 평생 구금할 수 있도록 법이 보장하고 있음은 부정할 수 없다.

4. 몇 가지 문제에 대한 비교법적 고찰

가. 정치활동 금지와 국가배상법 등의 상호주의의 문제[133]

(1) 정치활동의 자유의 보장의 필요성

『출입국관리법』 제17조 제2항은 "대한민국에 체류하는 외국인은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정치활동을 하여서는 아니된다."고 규정하고 이를 어길 경우에는 강제퇴거 시킬 수 있도록 하고 있다(동법 시행령 제22조). 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 포함시킨바 있다.[134] 심지어는 2004년 10월 방글라데시의 한 종교단체가 자신들이 지지하는 자국 내의 정당에 송금하는 등 정치활동을 하였다는 이유로 "국내 반한 이슬람 단체 첫 적발"되어 강제출국 당하였다는 기사가 거의 모든 방송과 신문에 보도되기도 하였다.[135]

"정치활동의 자유"[136]는 매우 포괄적인 개념으로 선거권, 피선거권, 공무담임권 등

---

132) 대법원 2001. 10. 26 선고 99다68829 판결 참조.

133) 황필규, "이주노동자의 인권: 노동권, 사회보장 및 단속·보호·강제퇴거 상의 문제점을 중심으로", 「우리법연구회 월례포럼」, 우리법연구회, 2008. 1, 4-6면 참조.

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

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

136) "종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조(국민투표권)가 규정하는 이른바 '참정권'만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다, …정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다," 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정.

협의의 참정권뿐만 아니라 정치적 표현의 자유[137]를 포함하는 등 그 범위가 매우 광범위할 수 있다. 따라서 협의의 참정권은 주권과의 관계에서 일차적으로는 국민의 권리로서 별도의 논의를 요한다고 하더라도 별다른 기준 없이 일반적인 정치적 표현의 자유를 금지하는 것은 과도한 기본권 침해라고 볼 수밖에 없다.

미국이나 독일처럼 헌법상의 기본권의 주체를 국민이나 시민이 아닌 '인간'으로 규정한 경우에는 협의의 참정권은 논외로 하고 외국인도 정치적 표현의 자유를 향유한다고 보아야 한다. 미국의 Sugauman v. Dougall사건[138]에서 연방대법원은 외국인이 주의 민간인 공무원이 되는 것을 금지할 수 없다고 판시하면서 그 방론에서 주는 외국인이 선거직, 입법직 또는 사법직에 종사하거나 선거직이 아니더라도 주 정부 기관의 중요한 지위에의 취임은 금지할 수 있다고 판시하였다. 그리고 그 이유는 이러한 직위는 대의정부의 핵심적인 기능을 담당하기 때문이라고 하였다.[139] 따라서 미국에서는 선거권과 더불어 직접적인 정치참여만이 문제되고 있다고 볼 수 있다. 한편, 일본에서는 외국인의 경우 "자기들의 생활에서 나오는 요구의 실현을 위하여 정치집회를 주최하거나, 그 결과로서 참정권적 기능을 다하는 표현활동을 하는 것은 하등 국민의 의사결정을 방해하는 것은 아니므로 자유이나, 적어도 일본의 정치에 직접 개입하기 위한 정치결사를 조직하거나 정부타도의 운동을 하는 것은 허용되지 않는다."[140]고 하여 직접적인 정치참여나 위법행위만을 문제 삼고 있다. 위 출입국관리법 조항이 협의의 참정권만을 금지하는 조항이란 해석도 있으나 다른 법률에서 "정치활동"의 의미를 이처럼 협소하게 해석하는 경우는 찾아보기 어렵고, 만약 그러한 해석을 받아들인다고 하더라도 이미 협의의 참정권과 관련해서는 『공직선거법』 제15조, 『주민투표법』 제5조, 『정당법』 제22조 등이 이를 별도로 규정하고 있으므로 이 조항은 무의미할 뿐만 아니라 오해의 소지를 남기는 유해한 조항일 뿐이다.

이미 국내법과 같은 효력을 지니는 국제법과 배치되거나 심지어는 헌법의 정신과 명문의 규정에도 반한다고 볼 수 있는 위 출입국관리법령의 규정은 삭제되거나 개정될 필요가 있다. 외국인의 정치활동의 자유를 부정하는 출입국관리법령과 한국정부의 태도는 『자유권규약』 제19조 표현의 자유, 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등, 『인종차별철폐협약』 제5조 표현의 자유 등과 양립할 수 없으며, 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 규정한 대한민국 헌법 제21조와 평등권의 규정한 제11조에

137) "오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월적 효력을 가진다고 볼 수 있다." 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정.

138) Sugauman v. Dougall, 413 U.S. 634, 1973.

139) 박홍우, 「미국헌법」, 사법연수원, 2005, 125면.

140) 東京地裁判 昭 48. 3. 27, 行集 24-3-187. 김철수, 「헌법학개론」 제16전정신판, 박영사, 2006, 767면에서 재인용.

도 위배된다고 보아야 한다.

(2) 국가배상법 및 범죄피해자구조법상 상호주의의 문제점

『국가배상법』은 제7조에서 "이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용한다."[141]고 규정하고 『범죄피해자구조법』은 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.

미국의 경우 헌법에 국가배상을 별도로 규정하고 있지 아니하지만 헌법상의 기본권 주체가 "인간"인 이상 외국인에게도 국가배상청구권이 당연히 인정되는 것으로 해석된다. 독일의 경우 선거권을 제외하고 기본권 주체를 '인간'으로 보고 있고 헌법 제34조에서 "한 사람이 자기 공직 내에서 제3자에게 지켜야 할 의무를 준수하지 아니하면 그것의 책임은 그가 소속되어있는 국가나 조직이 진다. 고의나 과실행위의 경우에는 잘못한 자가 책임을 져야 한다. 국가배상청구를 위한 소송의 방법을 막아서는 아니된다."고 하여 명문으로 국가배상청구권을 인정하고 있다. 따라서 국가배상청구권의 주체에는 국민뿐만 아니라 외국인도 포함된다고 보아야 하며 경찰법에서도 국가배상을 규정하면서 국민과 외국인의 차별을 두고 있지 아니한다.

국가배상의 상호주의를 규정한 나라는 거의 그 예를 찾아보기 어려우나 한국의 법제에 상당한 영향을 준 일본의 경우 이를 규정하고 있다. 즉 일본의 국가배상법 제6조는 "이 법률은 외국인이 피해자인 경우에는, 상호보증이 있는 때에 한하여 이를 적용한다."고 규정하고 있다. 그러나 이에 대해서는 공무원의 불법행위에 대한 피해자의 구제여부를 피해자 본국 법제에 관련시키는 것은 합리성을 결여하고 있고 조리에 맞지 아니하며 일본 헌법 제17조 및 제14조 제1항의 정신에 비추어 외국인의 인권을 합리적인 이유 없이 제한하고, 차별적 취급을 하는 것으로 위헌의 소지가 있다는 비판이 있다. 또한 판례도 상호보증은 유연하게 해석하고 있다. 상호보증의 유무를 누가 입증하여야 하는가에 대하여 피고인 국가 또는 공공단체가 상호보증이 없는 것을 입증한 경우에 한하여 국가배상법의 적용이 부정된다고 해석하고 있고,[142] 외국

141) "중화민국 민법 제188조, 제192조, 제197조에 외국인도 중화민국을 상대로 피용인의 직무집행시의 불법행위에 인한 재산상 및 정신상 손해를 배상하도록 규정되어 있으므로 중화민국과 우리나라 사이에 국가배상법 본조에 이른바 외국인이 피해자인 경우에 상호의 보증이 있는 때에 해당한다." 대법원 1968. 12. 3. 선고 68다1929 판결.

142) 大分地判昭和 60. 2. 20.

의 법제가 배상한도액을 정하고 있거나 별도의 면책사유를 규정하고 있는 경우에도 이를 구체적으로 고려하지 아니하여도 된다고 판시하고 있다.[143] 또한 피해자가 이중국적인 경우, 어느 한 쪽 국가에 상호보증이 있으면 된다고 해석하고 있고,[144] 무국적의 경우에는 당연히 상호보증이 있는 것으로 간주한다. 지금까지 한국, 노르웨이, 독일연방공화국, 중화민국, 영국 등에 대하여 상호보증을 인정하였고 판례상 상호보증이 없다고 판단한 나라는 지금까지 단 한 건도 없다.[145]

이미 국내법과 같은 효력을 지니는 국제법과 배치되거나 심지어는 헌법의 정신과 명문의 규정에도 반한다고 볼 수 있는 위 상호주의 규정들은 삭제되거나 개정될 필요가 있다. 즉, 상호주의를 전혀 언급하고 있지 않은 헌법상의 관련조항인 제29조와 제30조와 비교하여 보아도 불합리할 뿐만 아니라 이는 『자유권규약』 제9조 제1항과 제5항의 신체의 자유와 안전에 대한 권리, 제2조 평등권, 제26조 법 앞의 평등 등을 침해하는 것이고 『자유권규약』 제2조 제3항의 국가의 구제조치 보장의무를 위반하는 것이며, 『인종차별철폐협약』 제1조, 제5조, 제6조에도 정면으로 배치된다.

나. 출입국관리법상의 공무원의 통보의무의 문제

(1) 출입국관리법상의 공무원의 통보의무

현행 『출입국관리법』 제84조 제1항은 국가 또는 지방자치단체의 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 강제퇴거의 대상자에 해당하는 자 또는 출입국관리법에 위반된다고 인정되는 자를 발견한 때에는 그 사실을 지체 없이 관할 출입국관리사무소장·출입국관리사무소출장소장 또는 외국인보호소장에게 통보하여야 한다고 규정하고 있다. 법무부장관이 2009년 4월 1일 입법예고한 『출입국관리법 일부개정(안)』(법무부 공고 제2009-39 호)도 일부 표현을 손질한 것 외에 현행 규정을 그대로 유지하고 있다.

법 위반 사실을 담당공무원에게 알리는 것이 무엇이 문제인가라는 상식적인 질문을 던질 수 있다. 하지만 이 조항은 현행 국내 법제에서 '모든' 공무원에게 특정 '행정법규의 위반 사실'을 통지할 '의무'를 부과하고 있는 유일무이한 규정이라는 점에서, 그리고 이러한 통보의무의 관철이 특히 미등록이주민의 헌법상 또는 법률상 당

143) 名古室高判昭和 41. 9. 30.
144) 京都地判昭和 48. 7. 12.
145) 上村榮治, 「行政法教室」, 2000, <http://uno.law.seikei.ac.jp/~uemura/chap17.html> 2009. 8. 31. 방문.

연히 누려야하는 제반의 권리의 향유를 제도상 그리고 사실상 부정하고 있다는 점에서 그 문제의 심각성이 있다. 또한 이는 국내 법제에서 유지·강화되고 있는 미등록 이주민에 대한 부당하고 왜곡된 인식의 연장선에서 그러한 인식이 극단적인 형태로 드러나고 있는 인권침해와 차별의 제도적 표현이라고 볼 수 있다.

(2) 출입국관리법상 통보의무 규정의 문제점

『출입국관리법』상의 통보의무 규정으로 인하여 성폭력, 임금체불, 폭행, 범죄행위 등 인권 침해적 행위에 의한 피해를 입은 외국인의 경우 (특히 미등록이주노동자의 경우) 강제퇴거 될 것에 대한 부담 등으로 국가기관에 의한 권리구제를 신청하는 것에 상당한 제약을 받고 있다. 피해 구제를 위해서나 권리 행사를 위해서 관련 국가 기관과 지속적인 접촉이 있는 경우에는 통보로 인하여 사실상 피해 구제나 권리 행사가 방해될 수 있고, 실제로 임금체불 등으로 인하여 권리구제를 받으러 갔던 미등록 이주노동자가 지방노동청사무소에서 권리구제도 받지 못하고 즉시 출입국관리 공무원에게 인계되는 일도 발생하고 있다.[146] 형사피의자의 경우에도 통보의무제도는 대부분의 경우 그 외국인의 재판청구권 등 형사절차상의 권리를 원천적으로 박탈하는 방향으로 작용한다.[147] 공립유치원 교사, 공중보건의 등 모든 공무원은 내국인의 범죄행위나 행정법규위반행위에 대해서 와는 달리[148] 유아, 중환자를 불문하고 출입국관리법규 위반행위를 한 모든 이주민을 색출하여야 할 의무가 있는 것이다.

통보의무를 규정하고 있는 독일의 경우 이에 대한 해석과 적용을 둘러싸고 많은 논란이 있어왔다. 즉, 많은 법률가, 정치가, 판사, 종교단체 등은 여러 해 동안 병원이나 학교 등이 통보의무가 있다는 해석은 단지 하나의 가능한 해석일 뿐이라는 점을 강조해왔다. 의사, 교사, 판사 등의 직업적 의무는 치료, 교육, 임금청구의 정당성에 대한 조사이지 체류자격에 대한 조사가 아니라는 것이고 체류자격에 의하여 건강권과 교육권을 부정함으로써 『인종차별철폐협약』에도 위배된다는 것이다.[149] 이 의무

146) 이상석, 위은진, 김종철, 장서연, 「출입국 단속·보호 과정상의 인권친화적 법제도 개선 방안」, 대한변호사협회, 2007, 88-89, 91면 참조.

147) 대한변호사협회, 「인권보고서」, 2005, 245-246면 참조.

148) 이와 유사한 규정으로는 공무원의 범죄 발견 시 고발의무를 부과한 형사소송법 제234조가 있으나, 형사소송법상의 고발의무는 범죄의 발견이 직무내용에 포함되는 경우에 한하는 것으로 해석된다. 정정훈, "출입국관리법상 단속, 보호, 강제퇴거 절차상의 문제점과 개정방향", 「반인권적 출입국관리법 개정안 마련을 위한 토론회」, 인권단체 연석회의, 2005. 12. 6, 27면 참조.

149) Forum Menschenrechte, Eliminating Racist Discrimination in Germany: Parallel report addressed to the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of the United Nations, 2008, pp.29-30, 36-37.

의 실현을 통해 적시의 치료가 가능하고 의사에의 접근이 지연됨으로 인한 전염과 고비용을 방지할 수 있으며, 아동에게는 미래를 가져다줄 수 있고, 다수의 이주민이 의지하는 범죄집단이 많은 이주민들의 접근이 사실상 봉쇄된 법원의 역할을 대신해 주는 상황을 막을 수 있다는 것이다. 현재 독일에서는 범죄집단의 협박을 받아도 미등록 이주민의 경우 경찰에 이를 알리는 않는데, 경찰을 찾아간다는 것은 바로 체포와 강제추방을 의미하기 때문이다. 국가는 통보의무가 없다고 하더라도 이주와 체류에 관한 권한을 박탈당하는 것이 아니다. 경찰, 관세 및 노동 공무원으로부터 독립하여 이 권한을 유지할 수 있기 때문이다.[150]

한편 미국의 경우에도 몇몇 예외를 제외하고는 통보의무를 부담하지 않는다. 일본의 경우 노동행정에 종사하는 공무원으로서 출입국관리사무소에 통보할 의무는 노동기준법 위반이 해소될 때까지는 정지된다고 해석하고, 국내의 경우에도 최근까지는 이러한 해석에 근거하여 노동부의 경우 '외국인근로자 민원처리지침'을 제정하여 '선 구제제도 후 통보원칙'을 운영하여 왔으나,[151] 최근 2008년 6월 23일 상위법인 『출입국관리법』과 충돌된다는 이유로 '선 구제제도 후 통보원칙'을 폐지하였다. 과거 이 지침은 관련 공무원의 재량사항으로 규정되어 있어 미등록이주자의 피해구제 업무를 담당하는 공무원들이 적극적으로 활용하지 않는 한계가 있었는데 현재 이 지침을 폐지하여 미등록이주자가 임금체불 등 권리구제를 받는 것이 더욱 어려워졌다.[152]

---

150) P. Jörg Alt, The situation of illegal migrants: living and working conditions and social policies, Friedrich Heckmann and Tanja Wunderlich eds., *Amnesty for Illegal Migrants?,* Europäisches Forum für Migrationsstudien, 2005 참조, <http://www.joerg-alt.de/English/05-04-19efms.pdf> 2009. 8. 31. 방문.

151) 설동훈, 황필규, 고현웅, 양혜우, 「미등록 외국인 단속 및 외국인 보호시설 실태조사」, 국가인권위원회, 2005, 78면 참조; 통보의무 규정에 대한 노동부 질의에 대한 회신결과는 아래와 같다.
"불법체류외국인 관련 신고사건처리의 경우 외국인근로자 민원처리지침 (근기68201-691, 2000. 3. 10) 및 외국인근로자 근로조건 보호대책 (2003. 2.) 등에 의거 체류기간 등을 확인하고 긴급성 여부 등을 판단하여 우선처리, 사업주에 대해서 출국 전 체불임금 전액을 청산토록 지시하고 미이행시 즉시 입건수사 등 인권보호 차원에서 체불임금 청산 등 노동관계법상 모든 권리구제가 이루어지도록 행정 지도를 통하여 선 권리구제, 후의 법조치라는 원칙 하에 권리 구제가 이루어진 이후 출입국사무소에 불법체류사실을 통보(단 사용자가 체불임금을 지금하지 아니하여 범죄 인지한 경우에는 인지일 이후에 통보) 하고 불법체류외국인을 고용한 사업주에 대해서도 통보를 하고 있으며, 이와는 별도로 외국인 다수 고용사업장에 대하여 예방점검 및 노무지도 강화, 외국인근로자 체불금품 청산강화 등을 실시하여 임금체불 등 노동관계법 위반사항이 발생하지 않도록 행정지도를 하고 있습니다.

152) 국가인권위원회, 「2008년 미등록이주자 단속과 외국인 보호시설 방문조사」, 2008. 12, 83면 참조; '선 통보 후 구제'조치에 따른 노동부 질의에 대한 회신결과 2008. 9. 18는 아래와 같다.
"라"항의 내용(신고사건 조사결과 사업주 및 근로자가 출입국관리법 위반사실이 있더라도 체불임금 청산 등 노동관계법상 권리구제가 이루어진 이후 출입국사무소에 그 사실을 통보)은 출입국관리법 위반자(인정되는 자 포함) 발견 시 지체 없이 외국인보호소장 등에게 통보토록 규정하고 있는 출입국관리법에 위배되는 점을 감안하여 '09. 6. 23. 이 지침을 폐지하였습니다. … 「외국인 근로자 민원처리지침」 폐지가 … 불법체류외국인 근로자의 노동관계법 위반 사실에 대한 시고를 원천적으로 차

통보의무와 관련하여 현재까지 국가기관인 국가인권위원회와 법무부에 의하여 제시된 개선 방안은 다음과 같다.

"이 규정에 의한다면, 임금체불 등 근로기준법 위반 사항은 노동부에 구제신청을 할 수 있도록 되어 있으나, 상담자가 공무원이기 때문에 강제출국을 각오해야 하는 상황임. 또한 교육인적자원부에서는 지침을 통해 불법체류자 자녀도 교육을 받을 수 있도록 하였으나, 공립학교 교장은 공무원이므로 학교장이 이 사실을 알게 되면 당국에 고발하여야 함. 이에 대하여 노동부는 구제조치가 끝날 때까지 통보하지 않고, 교육인적자원부는 학교장이 관련 당국에 통보하지 않고 불법체류자 자녀를 입학시킬 수 있는 지침을 각각 수립하였으나, 이는 근원적으로 상위법인 출입국관리법에 위배되는 사항이어서 향후 논란의 소지가 있음. 이러한 '선 구제제도 후 통보원칙'은 하위법 수준에서 그칠 것이 아니라 법률 수준에서 명시적으로 규정하도록 출입국관리법을 개정하여야 함."[153]

"공무원의 통보의무 제도 개선(안 제84제1항)

(1) 현행은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 출입국사범을 발견한 경우 지체없이 출입국관리사무소에 통보하도록 하고 있어, 외국인이 권리구제가 필요한 경우 현실적인 장애요인으로 작용되고 있다는 비판이 제기되어 왔음.

(2) 출입국사범인 경우라도 권리구제가 필요한 경우에는 '선 구제 후 통보'할 수 있도록 제도를 개선함.

(3) 공무원이 소관업무와 관련하여 심리적 부담 없이 권리구제를 한 후 통보할 수 있어, 외국인의 인권보호에 크게 기여할 것으로 기대됨.

출입국관리 및 난민인정에 관한 법률(안)

제84조(통보의무) ①국가 또는 지방자치단체의 공무원이 그 직무를 수행함에 있어

단하거나, 불법체류 사실을 먼저 통보한 후 권리구제에 임하겠다는 뜻이 아님을 덧붙입니다."; 노동부는 2009. 4. 20.자 외국인력제도 관련 민원회신에서도 "신고사건 조사결과 사업주 및 근로자가 출입국관리법을 위반한 사실이 있더라도 인권보호 차원에서 체불임금 등 노동관계법령상의 모든 권리구제가 이루어진 이후 출입국관리사무소에 그 사실을 통보토록 규정한 (이른바 "선 권리구제 후 통보") 외국인근로자 민원처리지침은 출입국관리법 위반의 소지가 있어 폐지하였지만, "선통보 후 권리구제" 방침은 운용하고 있지 않으며, 미등록 외국인 근로자도 다른 근로자와 동등하게 노동관계법상의 권리를 보호하고 있음"의 입장을 밝히고 있다.

153) 국가인권위원회 2003. 2. 10. 국내거주 외국인노동자 인권향상을 위한 정책권고; 국가인권위원회는 2007. 12. 6. 「출입국관리법 일부개정법률안」에 대한 의견표명을 통해서도 '미등록이주자의 권리구제의 실효성을 제고하기 위해 이른바 "선(先)구제 후(後)통보원칙" 제도를 「출입국관리법 일부개정법률안」 제84조에 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다."고 권고한 바 있다.

제46조제1항 각호의 1에 해당하는 자 또는 이 법에 위반된다고 인정되는 자를 발견한 때에는 그 사실을 지체없이 사무소장, 출장소장 또는 외국인보호소장에게 통보하여야 한다. 다만, 산업재해, 임금체불, 범죄피해 등에 대한 권리구제가 필요하다고 인정되는 때에는 그 절차가 완료된 후에 통보할 수 있다."[154]

법무부도 이처럼 통보의무가 외국인이 권리구제가 필요한 경우 현실적인 장애요인으로 작용되어 외국인의 인권보호가 제대로 이루어지고 있지 않음을 인정하여 스스로 그 문제점을 인지하고 인정하였지만 '선 구제 후 통보'에 있어서 법무부의 개정안은 권리구제가 필요한 피해자만을 대상으로 하여 교육권의 주체인 학생이나 재판청구권의 주체인 피의자 등은 그 대상에서 제외하고 있고 국가인권위원회의 권고 역시 노동자와 학생만을 그 대상으로 하고 있는 한계가 있다. 2006년 공청회 당시 현행 제도를 유지하는 것이 결코 바람직하지 않다는 점에 대하여 참석자 모두가 의견일치를 보았으나 그 어떠한 설명도 없이 현행 제도의 유지로 법무부의 입장은 돌변했다.

통보의무의 문제점은 좀 더 근본적인 검토를 요한다. 통보의무가 문제되는 경우는 대부분 외국인이 권리구제가 필요하여 국가기관의 도움을 요청하거나 국가기관을 통하여 권리를 행사하는 때이다. 통보의무는 설사 그것이 '선 구제 후 통보'에 근거한 것이라 하더라도 대한민국에 거주하기 때문에, 혹은 노동자, 학생, 또는 범죄피해자이기 때문에 당연히 조건 없이 누릴 수 있고 누려야하는 헌법상 기본권 또는 법령상의 권리를 보호 및 강제퇴거해제조건부 기본권 또는 권리로 전락시키고 있다. 다른 대부분의 내국인의 범죄사실에 대하여는 공무원의 통보의무가 규정되지 않고 있음에 비추어 통보의무는 '기본권보장', '인권보장'이라는 보편적인 법 원리보다는 '출입국관리'라는 행정목적의 달성을 우선시하는 제도이고 인종주의에 기초한 차별적 제도라고 볼 수 있다. 따라서 통보의무의 폐지는 바람직할 뿐만 아니라 헌법상의 요청이라고 할 수 있다.

다. 미등록 이주아동의 교육권과 가족결합권의 문제[155]

(1) 미등록 이주아동의 현황

2005년 12월말 현재 15세 이하 미등록 이주아동은 6,471명(20세 이하는 8,743명)이

154) 법무부 2006. 7. 12. 출입국관리법 개정안 공청회; 이러한 법무부의 개정안은 "일반적으로 외국인에 대한 범죄행위 또는 인권침해행위에 대한 국가기관의 해결과정에서 출입국관리법 위반 사유를 알게 된 경우는 공무원의 통보의무가 정지되거나 적용이 없는 것으로 법에서 규정하여 안정적으로 운영하는 것이 필요하다."는 지적을 반영한 것이다. 설동훈 외, 위의 책, 78면 참조.

155) 황필규, "한국에서의 미등록 이주아동의 교육권" 참조.

고, 2005년 현재 초·중·고교 재학 이주노동자 자녀의 수는 1,500여명이다. 미등록 이주민이 단속되어 강제퇴거되는 경우 국내의 동반자녀와 함께 출국함에 따라 일부 시민단체는 국내출생 이주아동에 대한 영주권 또는 국적 부여를 주장해왔고, 미등록 이주아동의 교육 및 의료혜택이 제한되어 왔음을 고려하여 외국인정책위원회는 2006년 5월 미등록 이주아동에 대한 취학허가·교육을 받을 기회와 의료혜택 부여의 문제는 교육부·보건복지부·여성가족부에서 적극적으로 검토, 추진하기로 하고 인도적 고려가 필요한 미등록 이주아동에 대한 일정기간 체류를 허용하기로 한 바 있다. 그런데 2007년 10월 외국인정책위원회의 정책목표 및 추진과제에서는 미등록 이주아동에 대한 내용이 포함되어 있지 않다. 다만 2006년 5월의 관련 계획에 대한 이행상황을 정리하고 있을 뿐이다. 인도적 고려가 필요한 미등록 이주아동에게 일정기간 체류를 허용하는 것과 관련하여서는 법무부가 2006년 초등학교 재학 미등록 이주아동에 대한 구제조치로 2006년 9월 1일부터 11월 30일까지 자진신고한 아동 및 그 부모에 대해 최장 2008년 2월말까지 특별체류를 부여하기로 하였는데 총 213명(아동 97명, 부모 116명)에 대하여 특별체류허가를 부여되었다. 또한 여성가족부가 2006년 7월부터 9월까지 미등록 이주아동의 보육시설 이용현황을 조사하였고, 교육부가 2006년 10월부터 11월까지 저소득층자녀(외국인 자녀 포함) 10만명에게 「방과후 학교」 프로그램 2개월 무료수강권을 지급하였으며, 보건복지부가 2006년 7월부터 이주민(미등록이주민 포함)의 자녀도 무료진료의 대상에 포함시켰다.[156]

(2) 미등록 이주아동의 교육접근권의 실질적 보장

1) 교육접근권의 주체로서의 미등록 이주아동

어떤 권리이건 그 실체적·절차적 보장의 내용을 논하기에 앞서 그 권리에의 접근성 자체가 문제가 된다는 것은 비극이다. 하지만 미등록 이주아동의 교육권에 있어서는 아직까지도 그 접근권에 대한 제도보장의 흠결이 가장 심각하게 문제되고 있다. 외국의 경우에도 미등록 이주민의 사회권, 특히 교육권을 논함에 있어서도 그 접근권 주된 논의의 대상이 되고 있다. 즉, 유럽의 경우에도 일부 국가에서 신분증명서가 없다는 이유로 미등록 이주아동의 교육접근권이 부정되고 있거나 그 접근권이 현실적인 장애물로 인해 심각하게 제한되고 있다. 또한 일부 국가에서는 심지어 출입국관리 당국이 교육제도를 이용하여 이주아동을 통해 미등록 부모를 색출해내기도 한다.[157]

『모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약』 제30조는 "이주노동

156) 외국인정책위원회, 「제2회 외국인정책회의: 외국인정책 추진경과 및 향후 계획」, 2007. 10, 71면.

157) Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants(PICUM), Protecting Undocumented Children: Workshop Program on the Protection of Undocumented children in their access to basic social rights, 4 April 2008, p.1.

자의 자녀는 해당국의 국민과의 평등한 대우를 기초로 하여 교육을 받을 기본권을 가진다. 어느 부모의 체류 또는 취업이 비정규적이라거나 취업국에서의 자녀의 체류가 비정규적임을 이유로 공립의 취학전 교육기관이나 학교의 입학이 거부되거나 제한되어서는 아니된다."고 규정하여 체류자격을 불문하고 내외국인이 동등한 교육접근권을 가지고 있음을 천명하고 있다. 이러한 내외국인의 동등한 교육접근권의 원칙에 반하는 법제나 관행은 한국이 이미 가입하여 발효 중인 『사회권규약』 제2조, 제13조, 『자유권규약』 제24조, 제26조, 『인종차별철폐협약』제5조, 『아동의 권리에 관한 협약』(『아동권리협약』) 제2조, 제28조, 제29조가 천명하는 차별금지 원칙에도 저촉되게 된다.[158]

미국의 연방대법원은 1982년 Plyler v. Doe사건에서 지역 학교당국이 미국에 "합법적으로 입국"하지 않은 아동의 교육을 위하여 어떠한 주 예산을 사용하는 것도 금지하고, 지역 학교당국으로 하여금 그러한 아동의 입학을 거부할 권한을 부여한 텍사스 주법이 미국헌법 수정조항 제14조 평등보호 조항을 위반하였다고 판시하면서 다음 몇 가지 점을 주요하게 지적하였다.[159]

첫째, 평등보호조항은 "어떠한 주도 그 관할권 안의 모든 사람에 대한 법의 평등한 보호를 부인할 수 없다."고 규정하고 있는 바, 외국인은 그의 이민법상의 지위를 불문하고, 모든 일반적인 의미에서의 "사람"이다. 또한 수정조항 제14조의 법리와 역사는 어떤 사람이 주의 경계국경 안에 존재하고 주법의 적용을 받음에도 위법하게 입국하였다는 점 때문에 "관할권 안"에 있는 것이 아니라는 주장을 지지하지 않는다. 오히려, "관할권 안"이라는 표현의 사용은 주법의 적용을 받는 시민, 비시민을 불문하고 모든 사람에게, 그리고 주 영토의 구석구석까지 수정조항 제14조의 보호가 미친다는 인식을 확인시켜주고 있다.

둘째, 미등록 이주아동의 교육접근권의 부정은 그들의 불완전한 지위에 대하여 아무런 책임이 없는 아동에 대한 자의적인 분류를 통해 평생의 고통을 부과하는 것이다. 이들 아동은 그들의 부모의 행동이나 자신의 미등록 지위에 영향을 미칠 수 없다. 공교육의 박탈은 국가의 다른 혜택의 박탈과는 다르다. 공교육은 사회구조와 정치·문화적 전통을 유지하는 데 중추적인 역할을 하고, 교육의 박탈은 개인의 사회적, 경제적, 지적, 그리고 심리적 안녕의 측정할 수 없을 정도로 큰 희생을 강요하고 자아실현을 방해한다.

셋째, 아동의 미등록 지위는 주가 다른 거주자들에게 부여하는 혜택을 부정할 충분

158) 류혜정, "이주민 자녀의 교육권: 국제기준 중심으로", 국가인권위원회, 「2007 이주민 자녀의 인권 현주소: 현장사례와 관련정책 중심으로」, 2007. 5. 22, 80면.
159) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 102 S.Ct. 2383, 1982, paras.203, 210-230.

한 합리적인 근거가 될 수 없다. 교육과 같이 헌법적으로 특별히 민감한 영역에서는, 그리고 입법례의 역사상 상당히 두드러진 상반된 표지가 없는 상황에서, 이들 아동의 초등교육의 부인을 정당화시킬만한 연방 차원의 정책은 감지되지 않는다.

넷째, 텍사스 주법은 "합법적인 거주자의 교육을 위한 제한된 자원의 보존"에 있어서의 그 이익을 증진시킨다고 평가될 수 없다. 주는 미등록 이주민의 유입으로 인한 잠재적인 부정적 경제효과를 최소화시켜야하는 이익이 있을 수 있으나, 텍사스 주법은 이 문제를 효과적으로 다루는 방법을 제시하고 있지 않다. 미등록 이주민이 경제에 미치는 결과적 영향이 부정적이라고 가정하더라도, 미등록 이주아동에게 학비를 부과하는 것은, 적어도 미등록 이주민의 취업금지라는 다른 대안과 비교해보았을 때, 미등록 이주의 흐름을 제어하기 위한 효과적이지 않은 시도에 불과하다. 또한 미등록 이주아동이 양질의 공교육을 제공할 수 있는 주의 능력에 특별한 부담을 주기 때문에 적절하게 배제되어야 한다는 주장도 받아드릴 수 없다. 자료에 의하면 미등록 이주아동의 배제가 주의 전체적인 교육의 질을 개선할 것이라는 점이 보이지 않는다. 또한 미등록 이주아동은 그 미등록 상태로 인해 다른 아동에 비해 주의 경계 안에 남아서 그들의 교육을 그 주의 생산적인 사회적 혹은 정치적 활동에 활용할 가능성이 낮으므로 배제되어야 한다는 주장 역시 받아드릴 수 없다.

교육인적자원부는 미등록 이주아동의 교육접근권과 관련하여 현행 『초·중등교육법시행령』 제19조를 준용하면 별도의 취학규정을 마련하지 않더라도 취학이 가능하다는 입장을 취하고 있다.[160] 그러나 위 조항은 이주자녀에 대한 초등학교 입학 또는 최초의 전입학을 위하여 "출입국관리사무소장이 발행한 출입국에 관한 사실증명서 또는 외국인등록사실증명서를 거주지를 관할하는 해당 학교의 장"에게 제출할 것을 요구하고 있으므로, 국가 및 지방자치단체는 요청에 의하여 이주아동에 대한 거주확인서류를 발급할 의무가 있고, 이를 근거로 보육시설과 각급 학교의 장이 이주아동의 입학을 허용할 수 있음을 규정한 (이미 폐기된) 고진화 대표발의의 『이주민가족지원법안』 제12조 제2항과 같은 규정이 별도로 마련되지 않는 한 『초·중등교육법시행령』 제19조는 오히려 미등록 이주아동의 교육접근권을 원천적으로 봉쇄하는 역할만을 할 뿐이다.

또한 명시적인 교육접근권이 보장되지 않고 있는 상황에서는, 일선 학교의 학교장 재량으로 입학 허가 여부가 결정되기 마련인데, 이 경우 학교장이 다른 학생이나 학부모의 편견을 사례로 들면서 입학 허가를 거부하더라도, 이에 대한 현실적인 불복 또는 구제방법이 없다. 더 나아가 부모의 미등록 사실을 신고하겠다는 협박까지 받는 경우도 있다.[161] 따라서 이에 대한 제도 정비, 특히 법률로써 미등록 이주아동의

160) 외국인정책위원회, 「1회 외국인정책회의: 외국인정책 기본방향 및 추진체계」, 2006. 5. 26, 35면.

교육접근권을 명확하게 보장하는 것이 필요하다.

2) 미등록 이주아동의 교육접근권의 실질적 보장

그러나 이러한 미등록 이주아동의 교육접근권 보장은 일반적인 차별금지조항을 원용하거나 교육에서의 차별금지조항을 규정하는 것만으로는 결코 이루질 수 없다. 어떤 집단의 인권이 취약하다는 것은 통상 그 권리가 평등하게 보장될 수 없도록 사회구조적으로 그 취약성을 구성되었음을 의미하고, 실질적으로 차별 없는 그 권리의 보장을 위해서는 별도의 특별한 조치나 보호장치가 필요하다는 것을 의미한다. 헌법재판소도 "헌법 제31조 제1항은 "모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다."고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. '교육을 받을 권리'란, 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무를 뜻한다."고 판시하고 있다.[162]

미국의 경우 미등록 이주아동의 교육접근권을 실질적으로 보장하기 위하여 학교들이 적어도 다음의 사항은 지킬 수 있어야 한다고 주장된다.[163] 한국의 경우에도 이와 유사한 내용을 관련 법령에 명시적으로 규정할 필요가 있다. 즉, 미등록 이주아동의 권리 접근성을 방해하는 기존의 교육권 관련 법제 및 관행(예컨대, 부모의 주민등록번호, 직업, 학력 등까지도 요구하는 생활기록부 등)의 개선과 적절한 수위에서의 권리보장장치의 마련이 이루어져야 한다.

* 교육접근권의 보장을 위하여 노력하여야 한다.

* 체류자격과 관련된 비밀을 보장하여야 한다.

* 학교 차원의 신분증을 부여하여야 한다.

* 예방접종 관련 서류를 요청할 수는 있다.(다만, 의료상 예외를 인정하여야 한다.)

* 거주의 증명이나 나이를 증명할 수 있는 서류를 요청할 수는 있다.(출생신고서, 병원기록 혹은 진술서로 나이를 증명할 수 있다.)

---

161) 류혜정, 앞의 논문, 81면.

162) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 등(병합) 결정.

163) The Advocates for Human Rights, Undocumented Students, 2005, <http://www.mnadvocates.org/Undocumented_Students.html>, 2009. 8. 31. 방문; James Hunter and Craig B. Howley, "Undocumented Children in the Schools: Successful Strategies and Policies." ERIC Digest, ED321962, 1990, <http://www.ericdigests.org/pre-9217/children.htm>, 2009. 8. 31. 방문.

* 특별프로그램의 참가를 허용하여야 한다.

* 무료급식을 신청함에 있어, 학교는 아동의 부모와 연락하여 부모의 신분증이 재정지원을 위하여 필요할 수 있지만 반드시 요구되는 것은 아니며 미등록 부모의 경우 단지 관련 신분증 제출이 불가능하다는 점을 알려주기만 하면 된다.

* 출생신고서나 신분증이 없다는 이유로 입학을 거부해서는 안 된다.

* 체류자격을 질의하거나 관련 서류를 요구해서는 안 된다.

* 미등록 지위에 기초하여 학생들이 다르게 다루어서는 안 된다.

* 부모나 학생의 지위를 노출시킬 수 있는 질문을 하여서는 안 된다.

* 지위에 기초하여 프로그램의 참여를 거부해서는 안 된다.

* 교육에 접근함에 있어 두려움을 유발하는 행위를 해서는 안 된다.

* 개인이나 집단의 특성에 따라 다른 규칙을 적용해서는 안 된다.

* 신분증의 신청을 요구해서는 안 된다.

* 미등록 이주아동과 관련하여 출입국당국을 접촉하거나 출입국당국이 영장 없이 학교에 출입할 수 있도록 해서는 안 된다.

* 지역에서의 교육접근권의 위하여 부모 아닌 보호자로 하여금 법적 후견인의 지위를 획득할 것을 요구하여서는 안 되고, 아동에 대한 책임의 수용을 확인하는 공증문서로 충분하다.

(3) 가족결합 혹은 가족재결합 원칙의 확인[164]

1) 가정의 보호와 관련된 국가의무의 확인

미등록 이주아동의 합법적인 체류, 특히 그 가족과의 동반체류의 문제는 이들 아동의 교육권, 보건권 등 사회권의 문제라기보다는 가정의 보호의 문제, 가족결합 혹은 가족재결합권의 문제이다. 외국에서의 논의와 관련 국제기준, 그리고 그러한 국제기준에 입각한 사례들도 대부분 이러한 접근을 취하고 있다.

헌법 제36조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다."고 규정하고 있다. 그리고 이에 대하여 헌법재판소는 "헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영

164) Pill Kyu Hwang, Reconstructing the Basic Approach towards the Rights to Family Reunification of Migrants in International Legal Framework, Centre on Migration, Policy and Society(COMPAS) Work-In-Progress Seminar, 2007. 6, pp.19-27.

향을 미치는 헌법원리 내리 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한 조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다." 고 판시하고 있고,[165] 혼인에 있어서 혼인을 할 것인지 여부, 혼인의 시기와 상대방을 신택할 수 있고, 이러한 결정에 따라 "혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것"임을 분명히 하고 있다.[166]

『세계인권선언』 제16조 제3항과 『자유권규약』 제23조는 "가정은 사회의 자연적이며 기초적인 구성 단위이며, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있고, 『사회권규약』 제10조 제1항은 "사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여된다."고 규정하여 가정의 의의와 국가의 보호 및 지원의무를 명시하고 있다. 또한 『세계인권선언』 제12조와 『자유권규약』 제17조는 "어느 누구도 그의 … 가정 … 에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 … 받지 아니한다."고 규정하고 있고, 『세계인권선언』 제16조와 『자유권규약』 제23조 제2항은 "성년에 이른 남녀는 인종, 국적, 또는 종교에 따른 어떠한 제한도 받지 않고 혼인하여 가정을 이룰 권리를 가진다." 고 규정하고 있다.

2) 가족결합 혹은 가족재결합 원칙의 확인

"가족재결합"은 가족구성원이 이미 다른 나라에서 살면서 일하고 있고 다른 가족구성원에게 합류하는 상황을 지칭하고,[167] "가족결합"은 이주의 맥락에서는 단지 입국뿐만 아니라 체류와 추방과 관련된 문제들과 연관되어 있다.[168]

자유권규약위원회는 "자유권규약 제23조가 보장하는 가정생활의 보호는 가족재결합의 이익을 포함하고 있다."[169]고 명시적으로 밝히고 있다. "'가정을 구성할 권리'는 원칙적으로, 자녀를 출산하고 함께 살 가능성을 내포한다. 당사국이 가족계획을 채택한 경우, 그 정책은 동 규약과 부합해야 하고, 특히, 차별적이거나 강제적이어서는

165) 헌법재판소 2002. 8. 29 선고 2001헌바82 결정.
166) 헌법재판소 2997. 7. 16. 선고 95헌가 6 등(병합) 결정.
167) OHCHR, HCHR Migration Paper: Family Reunification, Nov. 2005, p.1, <www.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf>, 2009. 8. 31. 방문.
168) Kate Jastram, Family Unity, T. Alexander Aleinikoff and Vincent Chetail, eds., *Migration and International Legal Norms*, The Hague: T.C.M. Asser Press, 2003, p.185.
169) Ngambi and Nebol v. France, HRC Communication No. 1179/2003, 2004, para. 6.4.

안 된다. 마찬가지로, '함께 살 가능성'은 특히, 정치, 경제적 혹은 기타 비슷한 이유들로 인해 가족 구성원들이 떨어져 있는 경우, 국내 차원에서 그리고 다른 국가들과 협력하여 가족의 결합이나 재결합을 위해 적절한 조치를 취하는 것을 의미한다."[170]

자유권규약위원회는 18개월은 이주노동자가 그의 가족으로부터 떨어져있기에 지나치게 긴 기간이라는 입장을 표명한 바 있다.[171] 한편 Canepa v. Canada사건에서는 "추방을 통해 한 사람을 그 가족으로부터의 분리시키는 것은, 그 사안의 상황을 볼 때 당사자의 그 가정으로부터의 분리와 이것의 그에 대한 영향이 강제퇴거의 목적과 비례하지 않는 경우에는, 가정에 대한 자의적인 개입으로, 그리고 제17조 위반으로 여겨질 수 있다."는 원칙적인 입장을 밝히고 있다.[172] Winata v. Australia사건은 호주에 14년 이상 거주한 미등록 무국적 부모의 강제퇴거와 관련된 사안이었는데, 그들의 자녀는 출생 시부터 13년간 계속하여 그곳에 거주하고 있었다. 이 사안에서 자유권규약위원회는 "당사국에 의한 이들의 강제퇴거가 집행된다면, 이는 제23조와의 관계에서 제17조 제1항에 반하여 가정에 대한 자의적인 간섭을 구성하고, 추가적으로 제24조 제1항을 위반하게 된다."라고 결정하였다.[173] 2004년에는 배우자와 자녀 4명(각 1991년, 1993년, 1996년, 2001년 출생)이 모두 호주국적인, 이탈리아 국적인의 강제퇴거와 관련된 Madaferri v. Australia사건에서는 "4명의 미성년자가 포함된 가정의 부를 강제퇴거시키고 가족들로 하여금 그를 동반하거나 당사국에 남거나하는 양자택일을 강요하는 당사국의 결정은 가정에 대한 "간섭"으로 여겨져야 하고, 특히 적어도 이 사안에서처럼 어떠한 선택을 하든지 장기간 정착된 가정생활에 상당한 변화를 초래하는 상황인 경우에는 더더욱 그러하다."고 언급하고 있다.[174] 『아동권리협약』 제10조 제1항은 가족재결합권을, 제9조 제1항은 가족결합권을 규정하고 있다.[175] "출신국에서의 가족 재결합이 가능하지 않은 경우에는 이것이 귀환에 대한 법적 장애물에 근거한 것이든 혹은 귀환에 대한 최선의 이익에 근거한 것이든 간에 상관없이, 동 협약 제9조 및 제10조하의 의무들은 효력을 발휘하며, 보호국의 가족 재결합에 대한 결정을 좌우해야 한다."[176]

---

170) HRC, General Comment, No.15, 1986, para. 5.
171) HRC, Concluding Observations on Switzerland , 2003, CCPR/C/79/Add.70, para. 18.
172) HRC, Communication No. 558/1993, 1997, para. 11.4.
173) HRC, Communication No. 93/2000, 2001, para. 7.3.
174) HRC, Communication No. 1011/2001, 2004, para. 9.8.
175) 제10조 1. 제9조 제1항에 규정된 당사국의 의무에 따라서, 가족의 재결합을 위하여 아동 또는 그 부모가 당사국에 입국하거나 출국하기 위한 신청은 당사국에 의하여 긍정적이며 인도적인 방법으로 그리고 신속하게 취급되어야 한다. 또한 당사국은 이러한 요청의 제출이 신청자와 그의 가족 구성원들에게 불리한 결과를 수반하지 아니하도록 보장하여야 한다.
제9조 1. 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다.

나가면서

‘가난과 싸울 의사나 능력이 없는 정부는 가난한 자들과 싸운다.’는 말이 있다. 다문화사회는 필연적으로 갈등을 수반한다. 따라서 정부의 역할은 이러한 갈등의 원인과 결과를 제대로 파악하고 이를 조정하는 것, 그리고 그 과정에서 사회적 약자 및 소수자의 의견이 충분히 반영될 수 있도록 노력하는 것이어야 한다. 정부가 그 갈등의 존재를 부정하고 그 갈등관계의 약자 혹은 피해자를 갈등유발자로 낙인찍을 때 그 갈등은 걷잡을 수 없을 정도로 심화·악화될 수밖에 없다. 이주민에 대한 현행 법제와 인식에 대한 근본적인 재검토와 적극적인 개선이 절실하다.

176) CRC, General Comment No.6, 2005, para. 83.

국민기초생활보장제도 10년의 그늘

전은경 / 참여연대[177] 사회복지위원회 팀장

1. 들어가며

"아들과 연락이 끊긴지 벌써 한참 되었어. 지금은 이렇게 몸이 아파서 약을 달고 살고 있는데 기초생활보장 수급을 받으려고 동사무소에 갔더니 아들이 있어서 나는 해당이 안 된다고 해. 복지관에서 보내주는 반찬과 폐지를 주워 모은 돈으로 살고 있는데 하루하루가 너무 힘들지" 봉천동에 사시는 김 할머니 말씀이다.

"엄청난 빚을 지고 서울역에서 노숙을 했었지. 그러다가 나라에서 나 같은 사람을 도와준다고해서 기초생활보장 수급자가 되어 여기 쪽방에서 지난 겨울을 날 수 있었어. 그런데 얼마 전에 동사무소에서 연락이 온 거야. 딸이 하나 있는데 사위가 진급을 해서 월급이 올라 나는 더 이상 급여를 받을 수 없다는거지. 딸과 연락이 끊긴지 벌써 10년이 넘었어. 지금 월세도 밀려있는데 급여를 더 이상 못 받으니 난 다시 서울역으로 나가야겠지." 동자동 쪽방에서 만난 이 할아버지의 한숨 섞인 말씀이다.

올해는 국민기초생활보장법이 시행된 지 10년이 되는 해이다. 모든 국민의 생존권 보장이 국가의 의무이며 나이나 근로능력 유무와 무관하게 소득이 최저생계비 이하

177) 참여연대(www.peoplepower21.org)는 1994년 9월 10일 창립된 이래 각계각층 국민들의 자발적인 참여로 국가권력을 감시하고, 구체적인 정책과 대안을 제시하며, 실천적인 시민행동을 통하여 자유와 정의, 인권과 복지가 바르게 실현되는 참여민주사회를 건설하는 것을 목적으로 다양한 활동을 해오고 있다. 다양한 시민운동 영역과 권리를 개척하여 유권자, 납세자, 소비자, 소액주주, 공익제보자, 사법피해자 등 유명무실했던 이 땅의 권리 주체들을 발굴하였다. 또한 공익소송, 공익로비, 1인시위, 주주대표소송, 낙선운동, 부패인사DB, 불량변호사DB, 국회의원DB, 정보공개, 시민합의회의 등 창조적 시민행동 수단을 개발한 것도 참여연대의 성과라 할 수 있다.

인 모든 국민에게 수급권을 인정한 기초법의 제정은 복지가 '시혜'가 아닌 국민의 '권리'임을 천명한 획기적 사건이었다. 그러나 부양의무자, 재산상태의 고려 등 엄격한 수급권자 선정기준으로 인해 여전히 제도의 사각지대에 방치되어 있는 빈곤층의 규모는 상상을 초월한다. 국민의 최소한의 삶의 수준을 보호하기 위해 제정된 국민기초생활보장제도가 제 기능을 하고 있지 못하는 것이다.

2. 국민기초생활보장제도란

국민기초생활보장법(이하 기초보장법)은 최후의 사회안전망으로서 헌법 제34조 '모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다'(제1항)는 규정과 '신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다'(제5항)는 규정으로 표현된 사회권적 기본권의 정신을 구체적으로 실현하기 위한 법률이다. 이를 위해 기초보장법은 생활이 어려운 자들에게 '건강하고 문화적인 최저생활'(법 제4조)의 유지가 가능한 수준의 급여를 제공함으로써 그들의 '최저생활을 보장하고 자활을 조성함'(법 제1조)을 목적으로 함을 천명하고 있는, 우리나라 공공부조의 근간이 되는 제도이다.

기초보장법은 동법이 명시한 목적의 실현을 위해 일정한 자격요건을 설정하고 이 요건에 부합하는 사람을 수급자로 선정하여 이들에 대해 가구규모별 최저생계비를 기초로 하여 개별적으로 산정된 수준의 급여를 행하고 있다. 기초생활보장 수급자로 선정되기 위해서는 소득인정액 기준과 부양의무자 기준을 동시에 충족시켜야 한다. 소득인정액은 소득평가액과 재산의 소득환산액의 합으로 산출되는데, 이 중 소득평가액은「실제소득 - 가구특성별 지출비용 - 근로소득공제」로 계산되며, 재산의 소득환산액은「{(일반금융재산의 종류별가액-기본재산액-부채)+승용차 재산가액}×재산의 종류별 소득환산율」로 구해진다. 이렇게 계산된 소득인정액이 가구구모별 최저생계비보다 낮아야 한다. 다음으로 부양의무자 기준은 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 또는 부양을 받을 수 없는 경우를 말하며, 그 범위는 수급권자 1촌의 직계혈족 및 배우자로 한정된다. 이러한 기준에 의해 수급자로 선정되게 되면 생계, 주거, 의료, 장제, 해산, 교육, 자활 급여를 받게 된다.

<표1> 2010년 가구원수별 최저생계비 및 현금급여수준

(단위: 원/월)

구 분	2010년 최저생계비	2010년 현금급여기준[178]
1인 가구	504,344	422,180
2인 가구	858747	718,846
3인 가구	1,110,919	929,936
4인 가구	1,363,091	1,141,026
5인 가구	1,615,263	1,352,116
6인 가구	1,867,435	1,563,206

<표 2> 국민기초생활보장제도 운영 개요

구 분		내 용
지원대상		· 근로능력여부, 연령 등에 관계없이 국가의 보호를 필요로 하는 최저생계비 이하의 모든 가구 ※(원칙)가구단위 보호, 필요한 경우 개인단위 보호
신청	신청인	· 신청권자 : 수급권자, 친족, 기타 관계인, 공무원 직권신청(동의 필요) · 신청장소 : 읍면사무소 및 동주민센터
	신청서	· 신청서식 - 사회복지서비스 및 급여 제공(변경) 신청서(공통서식), 소득재산신고서 · 구비서류(해당자에 한함) - 금융정보 등 제공동의서, 임대차계약서, 제적등본, 외국인등록사실증명서
	처리기한	· 14일(30일까지 연장가능)

178) 현금급여기준은 소득이 전혀 없는 수급자에게 현금으로 지급할 수 있는 최대 상한액으로 최저생계비에서 현물로 지급되는 의료비·교육비와 TV수신료 등 타법지원액을 차감한 금액이다. 수급자는 현금급여기준에서 해당가구의 소득인정액(소득평가액+재산의 소득환산액)을 차감한 금액을 매월 생계급여·주거급여로 지급받게 된다.

선정 기준	소득인 정액 기준	· 소득인정액이 최저생계비 이하 – 소득인정액 = 소득평가액+재산의 소득환산액
		· 소득평가액 = 실제소득 – 가구특성별 지출비용 – 근로소득공제 – 실제소득 : 근로소득, 사업소득, 재산소득, 공적이전소득, 사적이전소득, 부양비, 추정소득
		· 재산의 소득환산액 = {(일반금융재산의 종류별가액–기본재산액–부채)+승용차 재산가액}×재산의 종류별 소득환산율 – 재산의 종류 : 일반재산, 금융재산, 자동차 – 기본재산액 : 대도시(5,400만원), 중소도시(3,400만원), 농어촌(2,900만원) – 소득환산율 : 일반재산(월 4.17%), 금융재산(월6.26%), 자동차(월100%)
	부양의 무자 기준	· 범위 : 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자 · 부양능력 판정 – 부양능력 없음 : 수급자선정 – 부양능력 미약 : 부양비 부과 – 부양능력 있음 : 수급자 선정 제외
조사	조사 내용	· 수급권자, 부양의무자의 소득, 재산 · 부양의무자 유무, 부양능력, 실제 부양여부 · 수급권자의 근로능력, 취업상태, 자활욕구 등
급여	종류 및 지원액	· 생계,주거급여 : 가구별로 “현금급여기준액”과 가구의 소득인정액과의 차액 지급 · 의료급여 : 근로능력 유무에 따라 1종, 2종으로 구분 · 교육급여 : 입학금, 수업료, 교과서대, 부교재비, 학용품비 · 해산급여 : 출산시 1인당 50만원 · 장제급여 : 수급자 사망시 50만원

* 보건복지가족부, 『2010년 국민기초생활보장사업안내』

문제는 기초보장법 시행 이래 그간 법의 효과성 제고를 위한 여러 가지 노력이 경주되었으나 여전히 빈곤심화 등의 사회현실에 적절히 대응하지 못하고 있다는 점이다. 불평등과 빈부격차가 심해지고 있음에도 불구하고 기초생활보장제도 수급자 수가 10년째 3% 수준에서 변화가 없다는 사실이 이를 반증하고 있다.

<표 3> 기초보장수급자 수 추이

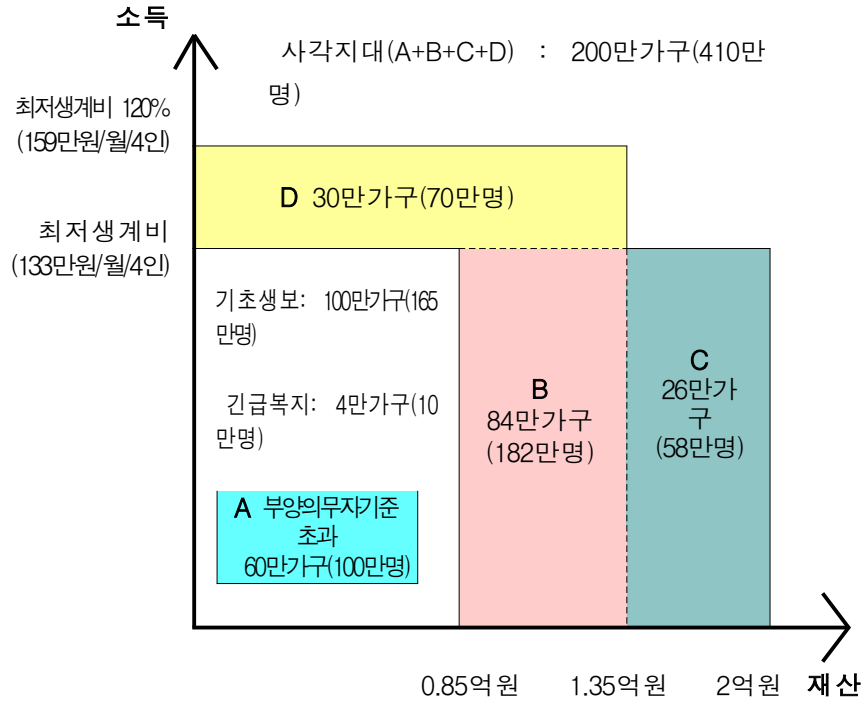
※수급률=수급자수/전체인구×100

구 분		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
일반수급자	가구	698,075	691,018	717,861	753,681	809,745	831,692	852,420	854,205
	인원	1,345,526	1,275,625	1,292,690	1,337,714	1,425,684	1,449,832	1,463,140	1,444,010
시설수급자		74,469	75,560	81,715	86,374	87,668	85,118	86,708	85,929
총 수급인원		1,419,995	1,351,185	1,374,405	1,424,088	1,513,352	1,534,950	1,549,848	1,529,939
수급율(%)		**3.00**	**2.84**	**2.87**	**2.96**	**3.14**	**3.18**	**3.2**	**3.08**

자료 : 복지부(각 년도), 국민기초생활보장수급자 현황

수백만 명에 달하는 기초보장의 사각지대도 기초보장법의 전면개혁이 필요하다는 것을 보여준다. 지난해 초 정부의 공식자료에 의하면 빈곤층임에도 기초생활보장제도 수급자가 되지 못해 사각지대에 방치된 사람들은 410만 명으로 전인구의 약 8.4%나 된다. 특히, 소득과 재산이 모두 현행 기초생활보장 수급기준에 해당하는데도 부양의무자 기준으로 인해 수급자가 되지 못하는 사각지대는 100만 명으로 전체 빈곤인구의 17%나 되고 있다.

<그림1> 기초보장 사각지대 규모



※ 출처 : 기획재정부, <민생안정 긴급지원 대책>, 2009. 3. 12

3. 구멍 뚫린 기초보장제도, 무엇이 문제인가

그렇다면 구체적으로 현행 기초보장제도의 어떤 부분이 문제일까? 첫째, 부양의무에 관한 문제이다. 위에서도 지적되었듯이 기초보장제도의 사각지대 중 4분의 1 가량이 부양의무자로 인해 발생하는 문제이다. 기초보장법에 의하면 부양의무의 범위는 '수급권자의 1촌 직계혈족 및 그 배우자'(법 제2조 제5항)로 되어있는데 문제는 부양능력이 없거나 부양행위를 하지 않는 부양의무자의 존재 때문에 수급에서 제외되거나, 수급을 하는 경우에도 간주부양비 규정으로 인해 급여가 삭감되는 경우가 다수 존재한다는 것이다.

실제로 최근 참여연대가 진행 중인 간주부양비 폐지 공익소송의 원고(原告) 윤모씨의 경우에도 딸과 사위로부터 전혀 부양을 받고 있지 못함에도 불구하고 간주부양비 규정에 의해 4개월간 지급받던 생계급여가 월 374,060원에서 월 46,030원으로 감액되어 생계에 어려움을 겪고 있다.[179] 또한 실제로 수급신청탈락 가구의 25.7%가 부양의무자 기준에 의해 탈락되고 있고, 이들 중에 56.2%가 부양의무자로부터 사적이전소득을 전혀 받고 있지 못한다는 결과가 있다.[180]

부양의무와 관련한 또 다른 문제는 비현실적인 부양의무자의 부양능력 판별기준이다. 현행법은 부양의무자의 실제소득이 최저생계비의 130% 이상인 경우 부양능력이 있다고 판단하고 있는데 사실 이러한 가구는 차상위층 정도의 생활수준에 해당하는 가구라는 점에서 부양 여력이 있다고 보기에는 어렵다. 아래 조사결과에서도 나타나고 있듯이 부양의무자로부터 부양을 받지 못하는 가장 큰 이유는 부양의무자 가구도 경제적으로 여유가 없기 때문이다.

---

179) 현행 국민기초생활보장제도상 수급자 선정 및 급여액 결정시 실제 부양의무자로부터 지급받고 있지 않지만 서류상 지급받은 것으로 전제되는 부양비, 즉 간주부양비는 국민기초생활보장법 및 동 법률에 의하여 위임된 위임입법의 한계를 벗어난 행정입법사항으로서 정부가 자의적으로 시행하고 있다.
* 간주부양비 = (부양의무자 실제소득 - 부양의무자가구 최저생계비의 130%) × 30%
* 소송의 자세한 내용은 http://blog.peoplepower21.org/Welfare/41052 참고

180) 한국보건사회연구원,『국민기초생활보장제도 부양의무자기준 개선방안연구』, 2003.

<표 3> 부양의무자에게 부양을 받지 못하고 있는 이유

부양받지 못하는 이유	비율
부양의무자 가구 역시 경제적으로 여유가 없기 때문에	47.1%
연락이 되지 않거나, 관계가 단절되어서 부양을 요구할 수 없음	27.8%
연락은 하고 지내지만 부양의무자 가구의 형편을 모르겠음	15.2%
연락은 하고 지내지만 부양받지 못하는 이유는 응답하지 않음	9.9%

* 출처 : 국민기초생활보장제도 부양의무자기준 개선방안 정책토론회, 2009.4.14 한국보건사회연구원

또한 비현실적인 최저생계비와 연동되어 있는 부양능력 판별기준은 기준 자체가 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라 국가가 보호해야 마땅할 빈곤층을 가족이 책임지라고 하는 것에 다름이 아니다. 실제로 사교육비와 집값 폭등으로 엄청난 부담을 지고 있는 저소득층 가구에게 또 다른 가구의 생계를 부양하라는 것은 빈곤의 확대 재생산만 가져올 뿐이다.

둘째, 최저생계비의 수준과 결정방식도 문제이다. 현재 최저생계비[181]는 최저생계에 해당하는 필수품의 가격을 더하여 결정하는 전물량 방식으로 3년을 주기로 계측되고 있는데, 비계측연도의 경우에는 물가상승율만을 고려하여 최저생계비가 결정되고 있다. 이에 따라 현행 최저생계비는 법에 규정된 국민의 소득·지출수준과 그 격차가 점차 벌어져 1999년도 계측된 최저생계비는 같은 해 평균 가계지출의 48.1%에 해당하였으나 2008년도 최저생계비는 평균 가계지출의 37.3% 수준으로까지 하락하게 되었다. 또한 마켓바스켓을 구성하는 품목과 수량의 문제는 여전하다. 2007년 최저생계비 계측시의 품목을 예로 들면 가족 외식비 1년 2회, 주부 양말 1년 2켤레, 아동 장난감 1년 2개, 아동 운동화 2년에 1켤레, 휴대 전화는 사용하지 않는 것으로 결정되었다. 실제로 휴대폰 보유 비율이 95%에 달하고, 가구당 보유 대수가 2대에 달했음에도 불구하고 휴대폰을 장바구니에 담을 지가 논쟁이 되는 것은 현실을 반영하지 않은 채 예산에 맞게 책정되는 최저생계비의 문제점을 여실히 보여주는 것이다.

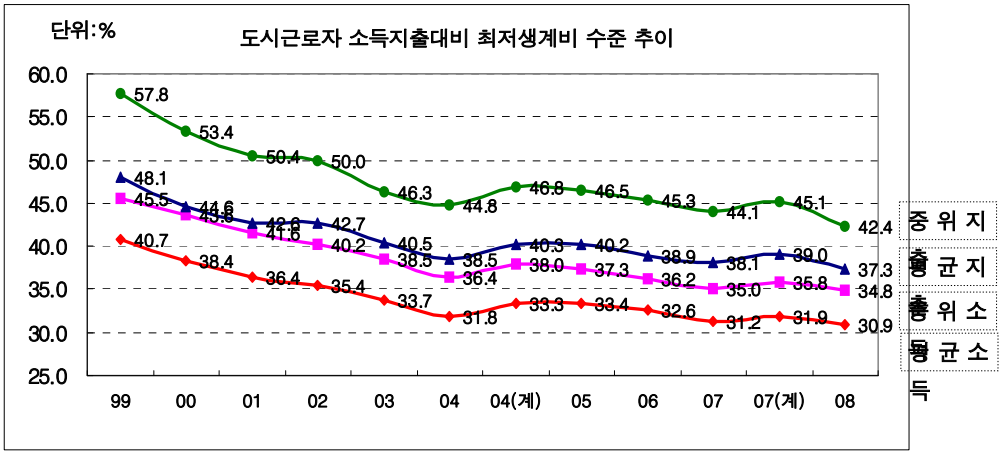
<표 4> 도시근로자 가구 소득·지출액 및 최저생계비 비율('99-'08)

(단위: 원, %)

구분	최저생계비		평균 경상소득			중위 경상소득			평균 가계지출			중위 가계지출		
	금액	상승률	금액	상승률	비율	금액	상승률	비율	금액	상승률	비율	금액	상승률	비율
99 (계측)	901,357		2,212,762		40.7%	1,980,520		45.5%	1,873,257		48.1%	1,558,456		57.8%
00	928,398	3.0%	2,419,883	9.4%	38.4%	2,128,370	7.5%	43.6%	2,079,792	11.0%	44.6%	1,739,481	11.6%	53.4%
01	956,250	3.0%	2,625,923	8.5%	36.4%	2,300,000	8.1%	41.6%	2,244,931	7.9%	42.6%	1,896,301	9.0%	50.4%
02	989,719	3.5%	2,798,752	6.6%	35.4%	2,460,000	7.0%	40.2%	2,315,750	3.2%	42.7%	1,979,695	4.4%	50.0%
03	1,019,411	3.0%	3,022,969	8.0%	33.7%	2,650,000	7.7%	38.5%	2,514,045	8.6%	40.5%	2,200,630	11.2%	46.3%
04	1,055,090	3.5%	3,314,363	9.6%	31.8%	2,900,000	9.4%	36.4%	2,737,651	8.9%	38.5%	2,356,760	7.1%	44.8%
04 (계측)	1,103,235		3,314,363		33.3%	2,900,000		38.0%	2,737,651		40.3%	2,356,760		46.8%
05	1,136,332	7.7%	3,407,009	2.8%	33.4%	3,050,000	5.2%	37.3%	2,827,652	3.3%	40.2%	2,441,491	3.6%	46.5%
06	1,170,422	3.0%	3,592,207	5.4%	32.6%	3,232,350	6.0%	36.2%	3,010,331	6.5%	38.9%	2,584,440	5.9%	45.3%
07	1,205,535	3.0%	3,864,935	7.6%	31.2%	3,445,830	6.6%	35.0%	3,160,038	5.0%	38.1%	2,731,890	5.7%	44.1%
07 (계측)	1,232,569		3,864,935		31.9%	3,445,830		35.8%	3,160,038		39.0%	2,731,890		45.1%
08	1,265,848	5.0%	4,102,283	6.1%	30.9%	3,638,480	5.6%	34.8%	3,398,044	7.5%	37.3%	2,982,148	9.2%	42.4%

* 출처 : 제34차 중앙생활보장위원회 회의안건, 2009.8.19

<그림2> 최저생계비의 상대적 수준 저하



셋째, 수급자 선정에 사용되는 재산기준도 비현실적이다. 재산조사시 총재산에서 지역별 최저주거면적에 해당하는 전세가격(4인기준, 11.2평, 방2개 기준 대도시 5,400

만원)을 공제하는 기본재산액의 경우 2004년과 2009년에 각각 한 차례씩 조정되었는데 2009년에 개정된 기본공제액 5,400만원(대도시 기준)은 2007년 최저생계비 계측조사 때의 전세가격 5,880만원에도 못 미치는 수준이며 최근 전세값 폭등을 감안하건데 너무나 비현실적이다. 또한 재산의 소득환산율도 지나치게 높게 설정되어 있다. 특히 지난해 초 10년 된 봉고차가 한 대 있다는 이유로 기초생활보장 수급 대상에서 탈락했다는 내용의 편지를 이명박 대통령에게 보내 화제가 된 '봉고차 모녀' 사건이 보여주듯 자동차는 일반재산(4.17% 환산)과 금융재산(6.26% 환산)에 비해 100% 환산되고 있어 자동차 처분이 어렵거나 사용이 불가피한 가구의 경우 수급자 선정에서 탈락되는 경우도 있다.

그러나 정부와 국회는 이 같은 빈곤현실을 외면하고 있다. 경제위기가 본격화되던 2008년말 이명박 대통령은 "취약 계층에 대해 의식주와 교육 등 기본생활이 가능하도록 긴급지원 대책을 마련하라"고 지시했다. 이에 따라 복지부가 발표한 것은 저소득층 노인의 별도가구 인정특례 허용조치(기존에는 '결혼한 딸의 가구에 거주하는 부모'에 대해서만 별도가구로 인정되던 것이 '결혼한 아들가구에 거주하는 부모'로까지 확대)였다. 이미 일선 현장에서 임시적인 조치로 시행되고 있을 뿐만 아니라 제도개선의 혜택을 받을 수가 극히 미미한 수준의 특례조치였던 것이다. 그 뒤로 정부가 내놓은 <민생안정 긴급지원 대책>의 경우에도 한시적 땜질정책에 불과했다. 결국 6개월 만에 한시생계보호 대책은 끝이 났고, 긴급복지지원도 내년도 예산안에서 65.5%가 삭감되었다.

국회도 상황은 마찬가지이다. 현재 국회에는 기초보장법 개정안 12건이 제출되어 있다. 이 중 의원들이 발의한 의안이 11건이고, 간주부양비 폐지를 비롯하여 수급자를 선정 시 부양의무자 기준을 제외하는 것을 주요 내용으로 하고 있는 참여연대 개정청원안도 있다. 문제는 의원들이 발의한 대부분의 기초법 개정안들의 내용이 실효성의 여부를 떠나 대동소이하다는 것이고, 현재 광범위한 사각지대를 근본적으로 해결할 수 있는 대안이 되기 어렵다는 것이다. 물론 차상위계층에 대한 정의 규정을 법률상 명시하고, 실태조사를 의무화하도록 하는 안이나 최저생계비 결정에 있어 상대빈곤선 방식을 도입하도록 하는 안은 그 나름의 의미가 있다. 중요한 것은 의원들이 기초보장법 개정안을 발의했다는 것 자체가 아니라 국회 내에서 얼마만큼의 공감대를 형성하고, 이를 개정하기 위한 노력을 진행할 것인가에 있다.

4. 인간답게 살 권리, 기초보장법이 답하라

대안은 이미 있다. 최소한의 안전망 없이 방치된 빈곤층 문제를 해결하기 위해서는 기초보장법의 전면적인 개혁이 필요하다. 인간다운 생활을 하기에는 현저히 낮은 수준에 머물러 있는 최저생계비의 수준을 현실화하고, 경직된 기준 때문에 빈곤함에도 불구하고 기초생활보장제도의 보호를 받지 못하는 사람들이 없도록 기초보장제도의 수급자 선정기준을 바꿔야 한다. 그것이 법 제정 10년을 맞는 기초보장법의 취지에 부합하는 일이다. 실제로 빈곤층의 현실을 직접 눈으로 목격한다면 구멍이 숭숭 뚫린 기초보장법의 개정에 한목소리를 낼 수밖에 없다.

먼저, 부양의무자 기준으로 인한 사각지대 문제를 해결하기 위해서 수급자 선정 기준에서 부양의무자 기준을 삭제해야 한다. 실제로 북유럽의 경우 보육 및 노인의 돌봄은 국가가 주된 책임을 지고 있으며, 가족이 부양을 제공해야 한다는 법적 요건이 거의 없다. 북유럽 국가 이외에도 전반적으로 국가가 아동 및 노인에 대한 부양을 책임져야 한다는 인식이 공통적으로 나타나고 있다. 우리나라의 경우에도 인식의 변화가 감지되고 있다. 최근 빈곤에 대한 부양의식 여론조사에 따르면 빈곤한 사람은 '정부'에서 일차적으로 부양해야 한다는 의견이 74%가 넘고, 선지원 후 보장비용을 청구하는 구상권의 행사에 대해서도 찬성의 비율이 반대하는 비율보다 높게 나타났다.[182] 따라서 부양의무자 규정은 보장비용 징수 요건으로만 활용하고 수급권자 선정 조건에서는 제외하도록 하며, 급여신청자에 대하여 부양의무자의 존재를 이유로 급여신청 포기를 유도하는 행위 금지 규정을 신설하여야 한다. 간주부양비 폐지, 급여신청체계의 개선 및 보장비용 징수관련 법령도 재정비하여야 한다.

최저생계비 계측방식을 상대빈곤 방식으로 전환하여 빈곤층의 생활보장 수준이 더 이상 하락하지 않도록 하는 것도 필요하다. 현행 최저생계비는 법에 규정된 국민의 소득·지출수준과 그 격차가 점점 벌어져 1999년 계측된 최저생계비는 같은 해 도시근로자 가구 중위소득의 45.5%에 해당하였으나 2008년 최저생계비는 도시근로자 가구 중위소득의 34.8% 수준으로까지 하락하였다. 최저생계비의 상대적 수준이 떨어지는 것을 막기 위하여 "최저생계비는 전년도 도시근로자가구 중위소득의 40% 이상이 되도록" 법으로 명문화하여야 한다.

수급자 선정을 위한 재산기준도 합리화해야 한다. 높아진 생활수준에 맞도록 기본재산액과 잉여재산의 소득환산율을 현실화해야 한다. 또한 자동차의 경우도 해당가구의 정밀한 자산조사를 통해 자동차를 보유하고 있다는 이유만으로 수급자에서 탈락하는 일은 없어야 한다. 이와 더불어 보건복지가족부령으로 정하던 개별가구의 재

182) 국민기초생활보장제도 부양의무자기준 개선방안 정책토론회, 2009.4.14 한국보건사회연구원

산범위·재산가액의 산정기준 및 소득환산율을 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 보건복지가족부령으로 정하는 것으로 개정하고, 기본재산의 공제액 항목은 수급권자 선정여부에 직접적인 영향을 미치는 사안인 만큼 주택법이 정하는 최저주거기준 등 현실성을 고려하여 법률에 명시하는 것이 타당하다.

수급자로 떨어질 가능성이 높은 빈곤층에 대한 선지원을 통하여 빈곤을 예방하고 국민기초생활보장법 자체의 부담을 줄이고 나아가 빈곤으로 인한 사회적 비용을 경감하기 위해 차상위계층에 대한 보장기관의 조사·관리 업무와 사회복지서비스·고용지원 등 공공서비스 연계도 의무화하여야 한다.

이외에도 법에 보장된 권리내용을 수급권자들로 하여금 충분히 알게 하고, 공무원의 복지지원금 횡령소지도 사전에 예방할 수 있도록 급여결정 통지 규정을 구체화하고 급여의 명세에 대하여 수급권자의 직접 확인을 받도록 의무화하여야 한다. 또한 소득공제대상 소득에서 일반근로를 포함시키고, 임시일용직 근로자와 추정소득 근로자에 대해서는 소득 부과기준을 최저임금으로 하는 등 수급권자들의 빈곤탈출을 지원하기 위한 제도적 보완장치도 마련하여야 한다.

5. 나오며

최근 유엔 경제·사회·문화적 권리위원회(이하 사회권위원회)에서조차 빈곤율이 높아지고 있음에도 불구하고 최후의 사회안전망인 국민기초생활보장제도가 제 기능을 하지 못하고 있는 것에 우려를 표명하였다. 아시아 지역에서 유례없는 경제성장을 통해 세계 12번째 경제대국으로 성장한 한국이 저소득 취약계층에 대한 사회권 보장을 제대로 실현하지 않고 있다는 것이다. 이러한 이유로 사회권위원회는 부양의무자 기준이나 재산기준의 개선을 신속히 검토하고, 홈리스, 비닐하우스 거주자, 보호시설 수용자 등 최소한의 안정적인 삶을 누릴 수 없는 사람들을 기초보장제도내에 편입시킬 것을 권고했다. 이것이 국제사회가 보는 한국 사회보장권의 현실인 것이다. 정부는 급증하고 있는 빈곤의 규모 및 실태를 정확히 파악하고, 땜질식 한시대책이 아닌 새로운 양상의 빈곤을 완화하기 위한 정책과 장기적인 계획을 수립해야 한다. 이를 위해 무엇보다 현재 국민기초생활보장제도의 부양의무자 기준이나 재산기준 등 수급자 선정기준을 완화 또는 폐지하고, 급여수준도 현실에 맞게 인상해야 할 것이다.

〔참고자료〕

최저생계비로 '희망'을 꿈꿀 수 있을까[183]

전은경(참여연대 복지노동팀 팀장)

"우리 체험단처럼 최저생계비만을 가지고 한 달만 살아야한다면 잠만 자고, 밥만 먹으면서 살 수 있을지도 모릅니다. 그러나 중요한 것은 언제 벗어날지 모르는 가난의 늪에서 언제까지 부실한 식단과 열악한 주거환경 속에서 사회적으로 고립된 채 살 수 없다는 것입니다. 최저생계비 인상으로 모든 문제가 해결될 수는 없지만, 최저생계비 현실화는 기본이고 시작이라고 생각합니다."

이는 '최저생계비로 한달 나기' 희망UP 캠페인에 참여했던 일반 시민들이 내린 결론이다. 2004년 7월, 참여연대는 최저생계비로 과연 한 달을 살 수 있을지, 최저생계비가 보장하는 삶의 수준이 어떠한 것인지를 직접 체험해보기로 했다. 최저생계비의 수준에 대해서 사회적 합의나 실증적 검증 없이 '높다, 낮다'는 식의 단편적인 접근만이 있어왔고, 그러한 공허한 논쟁보다는 직접 최저생계비의 현실을 경험해보고자 하는 것이 체험이라는 특별한 캠페인이 만들어진 배경이다. 공개모집을 통해 구성된 11명의 체험단은 햇볕이 제대로 들지 않아 벽에는 곰팡이가 피어있고, 제대로 씻을 곳 하나 없는 재래식 화장실이 딸린 집에서 한 달을 보냈다. 월세는 최저생계비가 책정하고 있는 주거비보다 비쌌고, 한 달간 그들의 식단은 부실하기 짝이 없었다. 식비를 아끼기 위해 매일 도시락을 싸서 봉사활동을 다녔고, 교통비를 아끼기 위해 먼 거리를 걸어 다녔다. 어찌보면 한 달이었기 때문에 가능한 일이었는지도 모른다. 그

183) 월간 복지동향 2007년 7월호에 실린 글입니다.

럼에도 불구하고 체험단이 경험한 최저생계비는 아끼고 아껴도 한 달을 나기에는 모자란 금액이었다. 이는 체험단이 매일 작성한 가계부와 수기에 여실히 드러났다. 현재의 최저생계비는 최소한의 인간다운 생활도 보장하지 못한 채, '죽지 않을 정도'인 말 그대로 '최저생존비'에 불과하다는 것이 짧은 한 달을 보낸 체험단의 공통된 목소리였다.

체험단들은 정부가 매년 고시하는 최저생계비의 낮은 수준 이외에도 국민기초생활보장제도의 사각지대를 두 눈으로 직접 보았다. 실제로 체험단이 한 달 동안 하월곡동에서 지내면서 지역주민을 대상으로 설문조사를 진행한 결과, 최저생계비에도 못 미치는 생활비로 살아가고 있는 주민이 전체의 절반이 넘었다. 이들은 기초생활보장제도 하에서는 부양의무자기준이나 소득, 재산기준 등의 비현실적인 제한으로 인해 수급자가 되지 못하고 있었다. 영양가 없는 식단으로 하루하루를 버티고 계신 분들, 병원비가 무서워 아파도 병원에 맘 놓고 가지 못하는 어르신들처럼 가족으로부터 아무런 도움을 못 받고, 정부로부터도 아무런 지원을 받지 못하는 이른바 비수급 빈곤층이 너무도 많았다. 이것이 최저생계비로는 '희망'을 꿈꿀 수 없다는 것을 보여준 2004년 여름의 기록이다.

그리고 그 해 최저생계비의 결정 과정은 또 한 번 우리를 실망시키기에 충분했다. 당시 5년 만에 실제 가계부 조사를 통해 생활실태를 반영한 최저생계비가 계측되고, 향후 3년 동안의 최저생계비 결정의 기준이 된다는 점에서 그 진행과정에 귀추가 주목되었다. 그러나 기획예산처를 비롯한 정부부처는 최저생계비 실계측 과정과 연구결과가 무색할 정도로 예산에 맞춰 최저생계비가 결정되어야 한다는 비합리적인 주장을 펼쳤고, 결국 최저생계비는 예산논리에 좌초되어 현실화되지 못했었다. 2004년 기준 4인가구 최저생계비가 최소 123만원 이상 되어야 한다는 실계측 연구결과는 무용지물이 되고 말았다.

그리고 3년이 지났다. 여전히 최저생계비의 수준은 비현실적이며 가구 평균소득 대비 최저생계비의 수준은 해마다 낮아지고 있다. 최저생계비를 결정하기 위해 국민의 소득·지출수준, 생활실태, 물가상승율 등의 지표를 종합적으로 적용하는 것은 계측조사 때만으로 한정되고, 비계측연도의 최저생계비는 물가상승율만을 적용해 결정해왔기 때문이다. 그 결과 현행 최저생계비는 법에 규정된 국민의 소득·지출수준과 그 격차가 점차 벌어져 1999년도 계측된 최저생계비는 같은 해 근로자 가구 평균소득 대비 38.2%에 해당하였으나 2004년도의 경우 30.5% 수준으로까지 하락하게 되었다. 최저생계비로 살고 있는 사람들의 삶의 수준이 점점 어려워지는 것은 자명한 결

과다.

올해는 또 한번의 최저생계비의 실계측이 이뤄지는 중요한 해이다. 중앙생활보장위원회 전문위원회에서는 마켓바스켓의 구성을 두고 다시 소모적 논쟁이 벌어지고 있을 것이다. 2004년도의 경우에도 실태조사 결과 휴대폰 보유비율이 95%에 달하고, 가구당 보유대수도 2대에 달했음에도 불구하고 휴대폰은 마켓바스켓에서 제외되었다. 다채널유선방송이 아닌 시청효과 제고를 위한 기본형 유선방송 역시 마켓바스켓에서 최종 제외되었다. 이렇듯 실생활을 반영하지 못하고 예산 범위에 끼워 맞추듯 결정되는 최저생계비는 과연 적정한 것인가. 10억 원의 비용을 최저생계비의 계측을 위해 사용하는 것은 어떤 의미가 있을까.

참여연대는 올해도 최저생계비의 현실과 문제점에 대해 사회적으로 공론화하고, 정책적 대안을 내놓을 준비를 하고 있다. 그 중 하나가 2004년도와 마찬가지로 일반 시민, 특히 청년들이 이 문제를 실제로 체감 할 수 있는 교육 프로그램을 진행하는 것이다. “거침없이 희망UP, 최저생계비를 말하다”란 주제로 진행되는 복지학교는 빈곤과 최저생계비의 현실에 대한 강연과 3일간의 최저식비 체험, 비닐하우스와 쪽방 체험, 직접행동 등 4주간의 프로그램으로 구성되어 있다.

최저생계비의 적정성을 평가하고 대안을 모색해보는 토론회도 개최된다. 비판사회복지학회, 한국사회복지정책학회, 한국사회정책학회, 참여연대 공동주최로 개최되는 토론회에서는 최저생계비의 상대적 수준 저하의 문제와 계측방식에 대한 본격적인 토론이 진행될 예정이다. 특히 이 토론회에는 학계와 중앙생활보장위원회의 및 전문위원들의 견해를 확인하는 자리가 될 것이며, 내년도 최저생계비의 결정과정에 중요한 영향력을 발휘할 것으로 예상된다. 참여연대는 이밖에도 중앙생활보장위원회의 최저생계비 결정과정을 모니터하고, 최저생계비의 문제점을 일반 시민들에게도 널리 알리기 위한 언론기획 및 캠페인도 진행할 예정이다.

최저생계비는 전국 어디에서 살건, 가구 구성이 어떻거나 노동을 하건 하지 않건 간에 말 그대로 최소한의 건강과 문화를 유지할 수 있는 수준에서 결정되어야 한다. 국민이면 누구나 최소한의 생계를 보장받고, 인간다운 생활을 누릴 수 있는 권리가 있기 때문이다. 최저생계비는 국민기초생활보장제도의 급여의 지급기준일 뿐만 아니라 더욱 중요하게는 수급자 선정의 기준이기도 하다. 즉 단순히 수급자가 1,2만원을 더 받고 덜 받고의 문제가 아니라, 그 경계에 선 빈곤층이 수급자가 될 수 있느냐 마느냐를 결정하는 중요한 문제이다. 사회보장제도전반이 취약한 우리나라의 상황에

서 최저생계비의 설정은 여전히 중요한 문제일 수밖에 없다. 올해는 예산을 고려한 정치적 판단에 의해서가 아닌 현실을 반영한 최저생계비가 책정되어야 할 것이다. 또한 최저생계비의 계측 방식 및 결정과정에 대한 재검토가 반드시 함께 이루어져 최저생계비의 상대적 수준이 하락하지 않는 방안에 대한 사회적 합의가 마련되어야 할 것이다.

복지 향상을 위한 공익소송184)

김영수 (공익변호사그룹 공감)

1. 들어가며

공익소송은 대체로 소송에 관해 전문지식을 제공하는 전문가와 법률가 그리고 사회운동을 전개하는 단체가 연합하여 공익소송의 테마를 기획·결정하고, 집회 및 시위 등 다양한 방법을 통하여 이를 사회적으로 공론화하고, 입법작업과 입법운동 및 임법로비까지 포괄하는 자기완결적 사업의 수행과 같은 모습으로 수행된다. 공익소송이 제도화되지는 않았지만 공익소송의 성격을 내세우는 소송들은 이미 다양한 영역에서 전개되어 왔다.

1984년 공익소송의 전형이라 할 수 있는 '망원동 수재사건'이후 노동변론 등을 통해 공익소송이 계속 맥을 유지하였으나 진정한 공익법운동으로서의 공익소송은 형식적 민주주의가 정착되고 시민단체들의 활동이 두드러지게 나타나는 1990년 중반부터라 할 수 있다. 즉, 이 때부터 시민단체들이 시민운동의 한 방식으로 법을 동원한 투쟁을 시작한 것이다. 1990년대의 새로운 시대상황에서 공익소송을 가장 적극적으로 전개한 곳은 참여연대이고, 참여연대 사회복지위원회는 '국민생활 최저선 활보운동'을 통하여 사회복지제도 전반을 사법적 방법으로 개혁하고자 하였다. 이와 관련하여 사회복지 특별위원회는 국민연금 기금운용손실에 대한 손해배상청구, 노령수당소송, 생활보

184) 이글에 소개된 사례들은 다음 자료의 내용을 정리한 것입니다.
이찬진, 「시민운동과 공익법운동: 새로운 전형으로서의 공익법 운동을 중심으로」, 참여연대, 『참여연대 창립 5주년 기념 심포지움:21세기의 새물결 공익법운동』, 1999

호급여수준 위헌확인 헌법소원 청구 등의 소송을 제기하였는데, 이러한 소송들은 소 제기 자체에 그치지 않고 입법운동 및 입법로비까지 유기적으로 결합시킨 것으로서 이는 전형적인 '법제도 개선을 위한 공익소송'이라 할 수 있었다. 이 중 몇 가지를 소개하면 다음과 같다.

2. 94헌마33 97.5.29 선고 "1994년 생계보호기준위헌확인 사건"

가. 소송기획의 배경

당시 보건복지부 장관이 고시한 '생계보호 기준'은, "65세 이상으로 2600만원 이하의 재산을 소유한 자 중 부양 의무자가 없고 부양능력도 없는" 최저 빈곤층 노인들에게 생계급여 65,000원을 지급하도록 규정되어 있었다. 이 생계급여를 기타 각종 급여와 합쳐도, 총급여액은 도시 기준 최저생계비인 18여만원의 절반에도 미치지 못했다.
이 소송은, 당시 생활보호 기준이 청구인의 '인간다운 생활을 할 권리'를 침해하고 헌법 제10조의 '인간의 존엄' 및 '행복추구권'을 침해한다는 점을 전제로 하여, 보건복지부장관의 지침을 위헌적인 공권력 행사임을 확인하고자 제기되었다. 당해 지침이 위헌임을 확인함으로써 헌법 제34조 제1항의 주관적 공권성을 확인받고, 최저생계비 개념을 법률상으로 제도화하고, '최저생계비 이하의 소득을 갖는 자에 대한 최저생계비까지의 보충급여 청구권'을 실정법상으로 권리화하는 의도까지 이 소송의 이면에 있었다고 볼 수 있다. 이런 기획 하에, 소송 당시 청구인들은 생활보호법령상의 재산기준에 적합하고 부양능력 있는 부양의무자도, 소득도 없는 70세 이사의 고령자로 선정되었다.

나. 쟁점 및 소송결과

헌법재판소는 97. 5.29 선고 94헌마33 결정에서 청구인들의 청구를 기각하였다. 하지만 청구인들의 소송요건 검토 단계에서 "인간다운 생활을 할 권리"를 소 제기에 필요한 주관적 공권으로 인정하였다. 다만 그 권리 중 "생물학적 생존권 내지는 동물적 생존권"만이 구체적인 권리로서 인정될 수 있고 이를 넘어서는 부분은 추상적 권리에 불과하여 국가가 광범위한 입법재

량권을 가진다고 해석하였다.

헌법재판소의 결정은 현재 한국사회의 복지현실을 역으로 표출하였다. 정부는 척박한 공공부조의 현실을 내외적으로 더 이상 덮어둘 수 없게 되었다. 헌법소원 진행 도중 복지부는 스스로 생계급여 인상을 위한 노력을 기울였고, 국회는 1997년 생활보호법상 '최저생계비'를 채택하고 생계급여를 대폭 인상시켰다.
이에 시민사회계는 당시 '시혜적인 권리'로만 받아들여졌던 공공부조의 수급권을 '인간다운 생활을 할 권리'에 기초한 구체적인 급부청구권으로 실정법화하는 입법운동을 전국적으로 전개하기 시작했다. 이러한 입법운동은 국민기초생활보장법 제정 및 '건강하고 문화적인 최저생계의 보장'을 국가의 법적 의무로 받아들이는 결과를 불러왔다.

3. 노령수당부지급처분 취소 청구사건

가. 소송배경

노령수당은 명칭이 '수당'임에도 불구하고 실질적으로는 생활보호법상 급여에 대한 부가급여처럼, 공공부조적 급부의 성격으로 운용되었다. 또한 구 노인복지법에서 '65세 이상의 생활보호대상자'에게 수당을 지급하도록 되어 있음에도 불구하고 노인복지사업지침에서는 지급대상자를 '70세 이상자'로 한정하여 수당을 지급하였다.
이 소송은 노후소득이 없다는 점이 노인문제의 핵심임에도 불구하고, 실정법상 규정된 노령수당마저 지급하지 않는 노인복지사업지침이 상위법인 구 노인복지법의 기준을 위반하여 위헌이라는 점을 지적하며 제기되었다.
소송의 청구인은 생활보호 대상자 중 65세를 갓 넘은 당사자로, 구 노인복지법에 따르면 노령수당을 지급받을 수 있는데 복지사업지침에 의해서는 수당을 지급받을 수 없는 자였다.

나. 쟁점 및 소송결과

노인복지 사업지침이 '70세 이상의 생활보호대상자'에게만 노령수당을 지급하도록 정한 것이, '65세 이상의 노인 중 소득수준을 참작하여 노령수당 지급 기준을 정하도록' 위임한 구 노인복지법 제13조 및 동 시행령 제17조의

규정을 위반한 것인지 여부가 주 쟁점이었다.
원심법원인 서울고등법원 95구39149호 판결에서는 "노인복지법 제13조의 노령수당 규정은 임의규정이므로, 예산 형편에 따라 지급할 수 있는 것이고 국가의 재량이 인정되는 것"이며 시행령 제17조에서 "소득수준 등"을 참작하라는 취지는 "'연령 규정'까지 위임한 것이라 보아야 한다"며 원고의 청구를 기각하였다.

하지만 대법원(96. 4.12. 선고 95누7727 판결)은 상고심에서 원고의 손을 들어주었다. 노인복지법 제13조 및 동법 시행령 제17조의 규정을 해석함에 있어서 법 및 시행령에서 보건사회부 장관에게 위임한 입법의 한계는 원고측의 주장대로 "소득수준 등을 참작한 일정 소득 이하의 대상자의 선정기준"에 관한 것일 뿐이라는 것이 근거이다.

보건복지부는 사건이 대법원에 계류중인 동안 이미 65세 이상의 생활보호대상자 전원에게 노령수당을 지급하는 것으로 정책을 변경하였다. 또 노인복지법을 전면개정하여 경로연금을 규정하고 지급범위를 확대하였다. 법적인 위법확인과 함께 행정청의 자발적인 위법시정이 이뤄진 것이다.

4. 주민등록 전입신고 거부처분 취소소송

가. 소송배경

경제적인 능력이 없어서 비닐하우스를 개조한 비전형 주거시설에서 거주하는 도시빈민은 전국적으로 30만으로 추산된다. 이들은 실제 거주지인 판자집이 있는 지역의 읍, 면, 동사무소의 전입신고 거부처분으로 인해 법외의 영역에 방치되어 있다. 취학세대의 아동들은 위장주민등록전입신고를 하고 주거지와 상관없는 곳에 통학을 해야 하고, 주민들은 현행 기초 생활보장법상 요구되는 '실제 거주요건'을 충족시키지 못해 기초생활보장법상의 수급권자로 인정받지 못하고 있다. 이에 따라 서울의 집단 판자촌인 송파구 문정동 소재의 '개미마을'과 '화훼마을'에서 대표주민 1인씩을 선정하여 주민등록 전입신고를 시도한 후, 이에 대해 내려진 거부처분에 대해 소송을 제기함으로써 법적인 불이익을 시정코자 하였다.

나. 쟁점 및 소송결과

현행 주민등록법상, 30일 이상 거주 목적으로 일정한 주거에서 생활하면 해당 지역관청은 전입신고를 받도록 하며, 이 수리 여부에 '주거지가 불법 건축물인지'는 고려 대상이 된다고 명기되어 있지 않다. 이럼에도 불구하고 거주지가 불법 시설물인 경우 전입신고를 수리 거부할 것인지가 주 쟁점이다. 행정자치부에서는, 비전형 주거시설에 거주하는 주민의 전입신고는 받지 않도록 하는 지침이 운용되고 있었다.
서울행정법원이 판결한 2000구24654호 사건에서는 전입신고 거부처분이 위법하다는 취지로, 원고들의 손을 들어주었다. 이에 대한 항소심인 서울고등법원 2001누2890호 사건에서 역시 법원은 원고들의 손을 들어주었고, 이 판결은 그대로 확정되었다.

하지만 이 건을 제외하고 법원은 "실제 실질적인 거주요건을 갖추지 못했다"는 이유로 전입신고 수리거부처분이 정당하다고 판단하였었다.

주민등록법 제6조 제1항이 규정하는 주민등록 대상자의 요건인 '30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소를 가질 것'이라 함은 단순히 외형상 그러한 요건을 갖춘 경우를 말하는 것이 아니라 앞서 본 주민등록법의 입법목적과 주민등록의 법률상 효과 및 지방자치의 이념에 부합하는 실질적 의미에서의 거주지를 갖춘 경우를 의미하는 것이고, 주민등록을 담당하는 행정청으로서는 주민등록 대상자가 이러한 실질적 요건을 갖추지 못하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 등록을 거부할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2002, 7. 9. 선고 2002두1748판결).

하지만 최근 대법원은, 기존의 판례를 변경하여 "투기나 이주대책 요구 등을 방지할 목적으로 주민등록전입신고를 거부하는 것은 주민등록법의 입법목적과 취지 등에 비추어 허용될 수 없다"는 취지의 의미 있는 판결을 내렸다.

전입신고자가 거주의 목적 이외에 다른 이해관계에 관한 의도를 가지고 있는지 여부, 무허가건축물의 관리, 전입신고를 수리함으로써 당해 지방자치단체에 미치는 영향 등과 같은 사유는 주민등록법이 아닌 다른 법률에 의하여 규율되어야 하는 것이고, 주민등록전입신고의 수리 여부를 심사하는 단계에서는 고려 대상이 될 수 없다(대법원 2009. 6.18. 선고 2008두10997

전원합의체 판결).

이에 따라 행정기관들은 '실질적 거주요건'이나 '거주목적' 등을 이유로 주민등록 전입신고를 거부할 수 없게 되었다. 이에 따라 강남 수정마을, 서초구 잔디마을 등의 주민들은 전입신고를 하고 권리를 보장받을 수 있게 되었고, 아직 전입신고가 받아들여지지 않은 마을의 주민들 역시 그 권리를 보장받을 수 있게 하는 실질적인 토대가 마련되었다.

성소수자와 법의 문제

오가람(한국게이인권운동단체 친구사이[185])

Ⅰ. 들어가며

이 글은 법과 인권에 대해 관심이 있는 사람들을 대상으로 하여 성소수자에 대한 기본적인 이해를 돕고 성소수자와 관련한 법적·제도적 이슈를 검토하기 위한 것이다. 성소수자란 무엇인지, 성소수자는 왜, 어떻게 차별받는지, 법과 제도를 통해 성소수자를 바라볼 때 무엇이 문제이고 무엇이 가능하며 무엇이 한계로 남는지, 또 성소수자가 법과 제도라는 틀에 대해 어떠한 의문을 제기하는지 등을 구체적인 사안들을 놓고 살펴보는 것이 이 글의 주요한 목표이다.

성소수자 이슈들은 여전히 새롭고 흥미로운 주제이지만, 다가가기 쉽지만은 않다. 섹슈얼리티와 관련된 문제라는 점에서 온갖 내밀한 욕망과 우리 사회의 '정상적'이고 '일반적'이라고 여겨지는 성과 애정의 권력적 양식들에 대해 생각해 보아야 하고, 이를 기반으로 하고 있는 가족제도, 교육제도와 같은 사회적 제도에 대해 의문을

185) 한국게이인권운동단체 친구사이(http://chingusai.net)는 1993년 발족한 한국 최초의 성소수자 인권모임인 '초동회'를 모태로 하여 1994년에 결성된 성소수자 인권단체이며, 게이 커뮤니티를 확고한 기반으로 삼는 대중적 회원 중심 단체이다. 친구사이는 남성 동성애자의 인권을 보장하고 성소수자에 대한 차별 없는 세상을 만드는 것을 목적으로 결성되었으나 단순히 성소수자들이 '인정'받도록 하는 것을 넘어, 고루하고 편협하며 '타자'를 배제하는 이 사회를 근본에서부터 변화시키는 것을 중요한 목표로 삼고 있다. 친구사이는 코러스모임 등의 회원 소모임활동, 상담활동, 인권캠페인, 언론대응 활동, 대안문화 운동, 인권침해 구제 및 지원활동, 인권교육활동, 인권자료 발간 등 다양한 활동들을 벌이고 있다. 특히 올해에는 특별사업으로서 10대 성소수자 기초환경 조사사업, 게이 노래문화 육성 프로젝트, 공공/마을 도서관에 성소수자 관련 무지개 도서보내기 캠페인, 커밍아웃 다큐멘터리 '종로의 기적' 및 퀴어영화 'Why Not' 제작 등을 진행하고 있다.

던져야 한다. 또 우리의 일상적인 삶의 친밀성이나 관계의 문제, 그리고 언어의 문제들이 종종 핵심적인 문제라는 것을 발견해야 하고, 윤리와 도덕의 문제까지 해명해 내라는 요구에 어떤 식으로든 응답해야 한다. 그런데도 이런 여러 과제에 대해 우리가 동원할 수 있는 도구라고는 인권이나 반차별이라는, 아주 유용하기도 하지만 때로 빈약하기 짝이 없는 이론 또는 인식틀이 전부일 때가 많다. 그래서 어렵다고 덮어두거나 단순하게 단정해 버리려는 유혹에 빠지기도 쉽다. 그러나 한편으로는 오히려 그런 만큼, 우리가 질문을 서로 던지고 나름의 대답을 내리는 과정은 흥미롭고 역동적일 수밖에 없다. 또 고도의 감수성과 지성을 동원해야 하기에, 우리는 권력과 섹슈얼리티와 인권과 법에 대해 예리하고 성찰적인 시각을 가질 수가 있을 것이다. 좋은 주제이고 기회일 수밖에 없다.

이 글은 이런 과정에 놓인 하나의 발판으로 기획되었을 따름이다. 우리는 사안들을 살펴보며 나름대로 잠정적인 대답을 내놓으려고 노력할 것이고, 또 얼마 지나지 않아 그 답들의 한계를 또 발견하게 될 것이다. 우리는 아직 성소수자에 대해 모르는 것이 많고 생각이 많지가 않다. 그래서 우리는 보다 혼돈 속에 놓여야 하고, 그 혼돈의 하늘 아래에서 연약하지만 쓸 만한 몇 가닥의 (법적) 언어들을 모색해야 한다. 우리가 오늘 할 일은 바로, 여기에서 시작한다.

Ⅱ. 성소수자와 차별

1. 성소수자란 무엇인가

성소수자와 관련한 이슈를 살펴보기 전에, 우리는 성소수자가 어떤 존재인지 먼저 알아야 한다. 몇 가지 핵심적인 개념과 함께 성소수자를 이해하기 위한 내용들을 살펴본다.

(1) 성소수자, LGBT

성소수자 또는 성적 소수자(sexual minority)는 지배적이라고 여겨지는 성적 행위 양식, 행동 규범, 인식 및 욕망 구조와 다른 모습을 보이는 사람들을 말한다. 좁게는 우리가 일반적으로 사용하는 개념으로서 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더/트랜스섹슈얼[186] 등을 말하고 넓게는 크로스드레서(이성복장선호자), 트랜스베스타잇

186) 우리 사회에서는 생물학적 성별과 자신이 인식하는 성별이 다른 사람들을 일반적으로 트랜스젠더라는 용어로 포괄하여 표현하고 있는 것으로 보인다. 트랜스섹슈얼은 성확정(성전환) 수술을 한 사람이라는 의미로 쓰이면서 트랜스젠더와 구분되기도 한다. 그러나 트랜스섹슈얼을 꼭 이와 같은 의미로 사용하는 것은 아니다. 트랜스젠더와 굳이 구분하지 않는 경우도 있고, 트랜스젠더의 의미 내용 자체가 다르게 설정됨으로써 트랜스섹슈얼의 의미 역시 변동되기도 한다. 이와 같이 성소수자와 관

(transvestite, 이성복장의 착용으로 성적 쾌감을 얻는 사람), 사도마조히즘 등까지를 포함하기도 한다. 이 글에서 성소수자라는 용어는 대체로 앞의 좁은 의미의 열거적 개념으로 사용할 것이다. 즉 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더라는 의미로 사용한다.

한국 사회에서는 성소수자라는 용어가 일반적으로 쓰이고 있기는 하지만 '소수자'라는 의미의 난점 때문에 쓰기를 주저하는 경우도 있다. 소수자라는 말은 권력적인 성(별)적 양식들을 드러내고 비판하는 데에는 유용하지만, 소수자라는 지위를 강조하고 고착화시킴으로서 다양한 성소수자 주체들의 지위를 일종의 하위인 것으로 놓기 때문이다. 또한 성소수자라는 말은 앞에서 말한 것과 같이 그 범위가 광범위하게 쓰이기도 하고, 성소수자 내부에 있는 차이(가령 남성과 여성 그리고 간성[intersexual, 생물학적으로 양성의 특질을 모두 가지는 사람], 동성애와 이성애와 양성애, 트랜스젠더와 트랜스젠더가 아니라고 여기는 사람, 성적 지배 양식에서는 벗어나 있으나 그 무엇으로도 규정되기를 꺼려하거나 부정하는 사람, 자신을 규정할 정체성의 용어를 찾고 있는 사람 등)를 충분히 드러내지 못한다는 비판을 할 수 있다.

이런 점에서 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼(양성애자), 트랜스젠더를 나열적으로 표현하는 용어로서 LGBT를 사용하기도 한다.[187] 또 여기에 덧붙여 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더로 포괄되지 않는(포괄될 수 없다고 여기는) 정체성으로 퀴어(queer)를 포함하여 LGBTQ라고 쓰기도 하고, 정체성을 찾고 있는 자 혹은 의문을 가지고 있는 자라는 뜻의 퀘스처닝(questioning)을 붙여 LGBTQQ라는 용어를 만들기도 한다. 거기다 간성을 함께 표시하기 위해 LGBTQI라는 줄임말을 쓰기도 한다. 여기에 지지자(ally)를 포함해서 LGBTQQA라는 약어를 만들기도 한다. 최근에는 범성애자(pansexaul), 무성애자(asexual) 등의 정체성을 추가해야 한다고 보기도 한다. 이러한 줄임말의 확장은 또 다시 성소수자를 표현하는 어려움을 보여준다. 여기서는, 남성과 여성 또는 동성애자와 이성애자라는 명확한 정체성으로 규정되지 않는 다양한 정체성들이 존재하고, 해롭게 성적 양식과 욕망들에 대한 질문들이 계속해서 쏟아져 나오고 있다는 것을 점검할 수 있으면 족하다. 다만 LGBT라는 약어는 기억하고 있으면 유용할 것이다.

런한 용어들은 고정적이거나 일의적이지만은 않다. 뒤에 제시한 '트랜스베스타잇'이라는 용어나 흔히 들을 수 있는 '퀴어', '이반' 등이 뜻하는 바도 시대적 변화나 사회적 맥락, 의학적 개념화, 다른 용어의 등장 그리고 성소수자 운동의 양상 등에 따라 전혀 다른 의미로 사용되기도 해 왔다. 이러한 점들의 유의를 하면서, 이 글에서는 성확정(성전환)을 위한 의료적 조치가 있는지 여부와 상관없이 트랜스젠더라는 용어를 사용할 것이다. 그러나 구분이 필요하거나 일반적인 용례에 따를 필요가 있는 경우 트랜스섹슈얼 또는 성전환자 등의 다른 용어를 사용하기도 할 것이다. 법적으로는 주로 성전환자라는 말을 쓰고 있는데, 보통 성확정 수술을 거친 사람을 뜻하고 있다.

187) 그러나 이 줄임말도 L, G, B, T가 마치 분할되는 것처럼 보이는 효과를 낳아, 트랜스젠더의 성적 지향을 가려버리는 한계가 있을 수 있다고 생각한다.

(2) 성정체성, 성적 정체성, 성별 정체성

성정체성 역시 다소 포괄적인 의미를 지닌다. 성적 정체성(sexual identity)이라는 의미로는 주로 성적 지향(sexual orientation)[188]에 따른 동성애자, 양성애자, 이성애자의 구분을 뜻하고, 성별 정체성(gender identity)이라는 의미로는 생물학적 성별과 관계없이 자신에 대한 젠더 인식에 따라 구분되는 남성, 여성(또는 남성과 여성으로 환원되지 않는 어떤 성)의 구분을 뜻한다.[189] 성정체성이라는 용어는 이 둘 중 하나의 의미만을 내포할 때도 있고, 이 둘 모두를 포함할 때도 있다.

이렇게 성적 정체성과 성별 정체성은 구분되는 것이고, 생물학적 성별(sex)[190]과 성적 정체성, 성별 정체성의 조합은 별개의 문제이다. 가령 생물학적 남성으로 규정/파악되고 스스로를 남성이라고 인식하는 사람이 꼭 이성애자만은 아니듯, FTM[191] 역시도 이성애자만으로 구성되는 것은 아니라는 것을 반드시 주의해야 한다. 실제로 트랜스젠더 동성애자 및 양성애자는 상당수 존재한다.[192]

한편, 성정체성은 자신을 규정하는 정체성이라는 의미이지 그것이 그 사람의 모든 성(별)적 행동과 욕망을 일률적으로만 결정한다는 뜻은 아니다. 가령 이성애자 정체성을 가지면서, 즉 지속적인 성적 지향이 이성애이면서도 동성애를 경험하는 사람도 있고, 또 반대로 동성애자가 이성애를 경험하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 이성애자에게 강제로 동성애를 느끼게 하거나 동성애자에게 이성애를 강요하는 것이 가능하지 않음은 물론이다.[193]

---

188) 성적 욕망과 애정이 향하는 방향이라는 의미로, 성적, 애정적 이끌림을 경험하는 대상이 동성인지 이성인지, 또는 양성 모두인지에 따라 동성애, 이성애, 양성애로 구분한다. '성적 지향'은 국가인권위원회를 비롯해 현행법에 등장하는 용어로 기억해 둘 필요가 있다.

189) 자기 자신의 생물학적 성별을 어떻게 인식하는지에 따른 성별 정체성(sexual identity)도 존재한다. 결국 'sexual identity'는 성적 정체성과 생물학적 성별 정체성이라는 두 가지 의미를 가진다.

190) 생물학적 성별이라는 것(sex)은 과연 가치중립적이고 물질적인 것일까? 젠더(gender)와 구분되는, 사회적인 의미가 투영되지 않은 순수한 섹스라는 것은 존재할 수 있을까? 주디스 버틀러(Judith Butler)는 섹스 역시도 젠더라면서 섹스와 젠더의 구분에 대해 문제제기를 한다. 최근 페미니즘과 퀴어이론에서 주디스 버틀러의 논의는 중요하게 다루어지고 있고, 이성애와 동성애, 섹슈얼리티 등에 대해 근본적인 문제제기를 하고 있다는 점에서 살펴보기를 권한다. 주디스 버틀러, 조현준 역, 『젠더 트러블』, 문학동네, 2008 ; 임옥희, 『주디스 버틀러 읽기』, 여이연, 2006. 등이 유용한 길잡이가 된다. 이 글에서는 참고할 만한 문헌들이나 정보들을 주석을 통해 되도록 소개하려고 한다.

191) Female-To-Male의 줄임말로 트랜스젠더 남성을 뜻한다. 트랜스젠더 여성은 MTF라고 표현한다.

192) 「성전환자 인권실태조사」에 따르면 조사대상자 중 이성애자라고 대답한 사람의 비율은 77.9%, 동성애자라고 대답한 사람은 5.2%였고 나머지는 이성애와 동성애 상관없다거나 잘 모르겠다고 응답했다. 성전환자인권실태 조사기획단, 『성전환자 인권실태조사』, 2006, 150쪽.

193) 성적 지향을 바꿀 수 있을까? 미국 정신의학회의 정신질환 목록(DSM, 정신장애 진단 및 통계 편람)에서 동성애는 삭제된 지 이미 오래이고(1973년), 국제보건기구(WHO) 역시 국제질병분류에서 동성애를 1990년 5월 17일에 삭제하였다.(이 날을 기념하여 국제호모포비아반대의날(IDAHO)이 제정되기도 하였다.) 즉 의학계에서는 동성애나 양성애를 '치료가능한' 질환으로 보고 있지 않다. 또한 미국심리학회는 성적 지향을 바꾸려는 이른바 '전환치료(reparative therapy)'에 대해 효과적이지 않으며 오히려 유해하다는 공식적인 입장을 가지고 있다.(이 학회는 교회에서 '전환치료'의 시도가 있는 경우 성소수자에게 다니던 교회를 옮길 것을 조언하기도 한다. 미국심리학회 홈페이지

이 글에서는 성정체성이라는 말을 성적 정체성과 트랜스젠더 정체성 등을 포괄하여 다소 넓게 사용하려고 한다.

(3) 왜 성소수자가 되는가?

누가 왜 이성애자, 양성애자, 동성애자가 되는지, 또 왜 생물학적으로 규정/파악되는 성별과 스스로 인식하는 성별이 같을 수도 있고 다를 수 있는지에 대해서는 아직 명확하게 밝혀진 바가 없다.[194] 유전이라는 설, 후천적인 또는 환경적 요인이라는 설, 이런 요인들이 복합적으로 작용한다는 설 등이 다양하게 제기되고 있다. 또 최근에는 개체보다 유전자 또는 종의 보존이라는 관점에서, 성소수자가 '된 이유'가 아니라 '존재하는 이유'라는 측면에서 성소수자의 '기능'을 설명하기도 한다. 그렇지만 어느 견해도 확실하게 지지받는 것은 없다.

흥미로운 것은 우리가 질문하는 방식은 대체로 '왜 동성애적 욕망을 품게 되는가'이지 '왜 이성애적 욕망을 품게 되는가'와 같은 방식이 아니라는 것이다. 이성애는 자연스러운 것이므로? 극히 '자연스럽게' 동성애를 경험한 나는 자연스럽지 않고 극히 '자연스럽게' 이성애를 경험한 누군가만 자연스럽다면 이상하지 않은가? 성애는 종족 보존을 위한 것이므로? 그렇다면 이른바 '생식 능력'이 없는 사람들의 성애는 설명할 수 없지 않은가? 이러한 근본적인 질문은 끝이 없으며, 성소수자들은 성소수자를 비정상성으로 내모는 질문에 대응해서 새로운 질문을 던질 수 있다. 오히려 이러한 질문 방식은 성소수자가 하나의 '일탈', '버그' 또는 '통제가능한 어떤 것'이라는 관점을 전제한다. 질문 방식 자체가 성소수자를 차별적으로 바라보는 것이다. 결국 '왜 동성애자가 되는가?'와 같은, 가치를 전혀 담지 않은 것으로 보이는 질문 방식은 그 자체가 차별로 작용한다.

지금 우리에게 필요한 것은 왜 성소수자가 되는가와 같이 성소수자의 일반적인 경험과 동떨어진 질문을 하는 것이 아니다. 우리는 다만 인간의 성적 욕망의 경향성과 성적 행위의 가능성, 성(별)적 인식과 정서가 매우 다양하게, 바로 여기에 존재한다는 것을 이해해야 한다. 그리고 위와 같은 질문들을 던지게 되는 차별적 메커니즘을 파악하고 넘어서는 일이 중요하다. 성소수자들이 스스로 끊임없이 "도대체 왜 나

---

http://www.apa.org/ 에서 '전환치료'와 관련한 다양한 자료를 얻을 수 있다.) 다만 트랜스젠더와 관련해서는 성주체성장애(gender identity disorder)로 정신장애로 분류되기도 하는데, 실질적인 '치료'는 성확정(성전환)을 위한 의료적 조치이지 생물학적 성별에 자신의 성별 인식을 끼워 맞추는 방식이 아니다.

194) 이에 관하여는 윤가현, 『동성애의 심리학』, 학지사, 1997.의 <제5장 동성애 원인론>을 참조. 이 책은 동성애와 관련한 심리학적, 정신의학적인 내용들을 주로 담고 있으면서도 동성애자들의 삶과 문화, 관련 용어, 역사 등을 친절하게 설명하고 있다. 이밖에 동성애 원인론 등 동성애에 대한 기초적인 지식을 알기 쉽게 설명한 책으로는 공자그 드 라로크, 정재곤 역, 『동성애』, 웅진지식하우스, 2007.와 에릭 마커스, 컴투게더 역, 『Is It Choice?』, 박영률출판사, 2006. 등이 있다.

는 동성에게 욕망을 품게 되었는가?" "왜 나는 남자/여자로 태어났는가?"를 질문해야 했던 그 고통스런 경험과 차별을 이해하고 이를 없애도록 하는 일이 먼저이다.

(4) 성정체성의 형성

성소수자에게 성정체성이 가지는 의미는 무엇일까? 성정체성은 어떤 과정을 거쳐 형성될까? 이러한 점들을 이해하는 것은 성소수자 인권을 이야기하는 데 있어 중요한 일이다. 성소수자는 정체성 형성 과정에서부터 차별을 감지하게 되고, 그 차별들의 영향 속에 놓이게 되기 때문이다.

정체성은 자신을 해석하는 틀이고 자신의 생각과 행동의 기준이며 자신의 미래를 구상하고 예측할 수 있게 해주는 안정적인 관점이다. 성소수자들은 자신의 성정체성을 형성하고 수긍해 나가면서 앞으로 자아를 계발하기 위해서 지금 무엇을 해야 할지, 앞으로 직업적 설계는 어떻게 해야 할지, 자신의 관계망을 어떻게 조직해야 할지, 위기나 어려움에 처했을 때 어떻게, 누구의 도움을 받으며 해결할 수 있을지 등을 모색하게 된다. 정체성을 확립하는 과정에서는 보통 온라인과 오프라인의 성소수자 커뮤니티에 결합하면서 나와 비슷한 경험과 고민을 가진 사람들과 함께 사회적 관계 맺기의 방법을 배우고 모색하기도 하고 성소수자 정체성이 어느 정도 인정될 수 있는 직업을 찾아볼 수 있다. 게이들과 공동체라는 자원을 형성할 수 있게 되고, 장년과 노년 계획을 주위의 모델들을 참고하며 세울 수 있다. 특히 성소수자들은 결혼 등의 가족구성이나 출산과 같은, 일생을 강력하게 규정하는 '이성애자 모델'과 벗어나 있는 경우가 많은 반면 우리가 일상적으로 접하는 매체에는 '이성애자 모델'만이 존재하는 것이나 마찬가지이므로, 이러한 정체성 발달의 과정은 매우 중요할 수밖에 없다.

그렇지만 성소수자의 정체성 발달 과정은 순탄하지만은 못하다. 일련의 동성애/양성애 정체성의 발달모형 연구에 의하면 초기의 모호함, 빈번한 의문 제기, 불균형, 정보 모색, 그리고 갈수록 증가하는 편안함을 포함한다고 한다.[195] 이러한 '모호함, 빈번한 의문 제기, 불균형'의 단계, 그리고 일생 동안의 정체성 형성, 발달, 변화의 과정 속에서는 수치심과 죄책감, 기피 등을 경험하게 된다. 특히 청소년 성소수자의 경우 다른 소수자 집단과 달리 자신의 정체성 발달을 지탱하고 지지할 수 있는 가족, 근거리 공동체, 성인 역할모형, 문화적 전통의 도움을 거의 받지 못함으로써 더욱 어려움을 겪을 수밖에 없다.

이러한 현실은 10대 성소수자의 인권 문제와 직접적으로 연관된다. 아직도 <종

195) 이러한 발달 모형에 대한 논의는 Arthur Lipkin, *Beyond Diversity Day: A Q & A on Gay and Lesbian Issues in Schools*, *Curriculum, Cultures, and (Homo) Sexualities Ser.* (London, Boulder, New York, Toronto, Oxford: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.) 2004.의 <제2장 동성애들(Homosexualities)>의 대략적인 설명을 참조하였다.

교> 교과서 등에서는 동성애가 죄악이라는 내용이 명시되어 있다. 또한 교과서 자체가 이성애적, 성차별적 그리고 성별 고정적 모델에 기초하고 있으며, 사실상 학교와 가정, 또래 집단에서 자신의 성정체성에 대한 고민을 털어놓을 데가 전무하다. 그렇다면 성소수자 커뮤니티의 도움을 받을 수 있다면 좋을 것인데, 성인 중심, 수도권 중심의 커뮤니티 환경 속에서 필요한 지지와 지원을 받지 못하는 경우도 상당하다. 이러한 어려움 속에서 10대 성소수자들은 사회적 낙인에 대한 두려움, 낮은 자아 존중감, 자살, 우울증, 고립감, 불안, 자기부정, 외상후스트레스장애의 위험에 끊임없이 노출된다.[196]

청소년기뿐만 아니라 일생에 걸친 성정체성 발달 과정에서 나타나는 이러한 경험과 어려움은, 성소수자 차별의 일상적이고 반복적인 중요한 형태라는 것을 인식할 필요가 있다.

(5) LGBT간의 차이들

우리는 지금 성소수자를 뭉뚱그려 이야기하고 있지만 그 내부의 차이도 적지 않다. 각각이 이룬 커뮤니티의 문화적 특성도 다르고, 경제적 조건에 대한 집단적 차이도 존재한다. 그러나 성소수자들 역시 서로에 대해 '잘 모른다.' 이러한 간극을 좁히기 위해 <성소수자 차별반대 무지개행동>(http://lgbtact.org)에서는 LGBT들이 모여 서로에 대해 이야기를 나누는 간담회 자리를 마련한 적도 있다.[197] 이러한 한계 속에서 (잠정적으로) 의미 있는 차이 몇 가지만 짚으려고 한다.

LGBT 사이에서도 '남성'과 '여성'의 차이는 드러난다. 이른바 '빈곤의 여성화, 여성의 빈곤화'의 현실 속에서 평균적으로는 게이와 레즈비언 사이에 경제력의 차이가 존재한다.[198] 이러한 경제력인 차이 외에, 성별에 대한 사회적 인식에 의한 남성의 상대적인 자유로움은 커뮤니티에 보다 접근하기 쉬운 요인이 된다. 이른바 게이바와 레즈비언바의 업소 수도 상당히 격차가 있는 것으로 알려져 있는 것은 '커뮤니티 시장'의 규모의 차이와도 연관된다. 성차별과 성별분업주의를 우리는 염두에 둘 필요가

196) <청소년 동성애자 인권을 위한 교사지침>, 한국게이인권운동단체 친구사이, 2005. 27-28쪽. 이 책은 교사들을 대상으로 한 지침서로 동성애를 이해하고 성소수자와 관련해서 교사들이 어떻게 접근할 수 있을지 모색하는 데 도움이 되도록 제작되었다. 청소년 성소수자들이 겪는 어려움들, 청소년 동성애자와 관련한 의문들에 대한 내용 역시 수록되어 있다. 한국게이인권운동단체 친구사이 홈페이지(http://chingusai.net)에서 내려받을 수 있다.

197) 2008년 4월 27일 <우리가 말하는 LGBT 이미지 - 편견과 오해를 넘다> 토론회.

198) 2007년의 <한국 성소수자 사회의식조사>에 따르면 경제활동을 하고 있는 사람들 중 비성전환 여성 동성애자의 월 평균 개인 수입은 163.27만원, 비성전환 남성 동성애자의 월 평균 개인 수입은 243.54만원으로 상당한 차이를 보인다. <한국 성소수자 사회의식조사>, 한국 성소수자 사회의식조사 기획단, 2007, 29쪽. 이 보고서는 LGBT의 경험들과 생활상, 정치사회의식을 보여주는 통계자료로 유용한 정보들을 제공한다. 성소수자 운동단체 등에서 열람이 가능하다. 특히 한국퀴어아카이브 퀴어락(http://queerarchive.org/)에서는 성소수자와 관련한 다양한 자료들의 열람, 복사, 촬영 등이 가능하고 접근도가 높아 유용하게 이용할 수 있다.

있다.

트랜스젠더의 경우 취업이나 진학 등의 어려움에 처하기가 쉽다.[199] 특히 호르몬 투여 등 성확정(성전환)을 위한 의료적 조치를 시작한 경우 주민등록번호나 이름에서 드러나는 성과 외모가 일치하지 않음으로써 주민등록번호 기재와 주민등록등본을 요구하는 업체에 취직하기가 어려운 경우가 많다. 한편, FTM의 경우는 자궁제거 수술, 가슴 제거 수술, 유두축소 수술, 성기성형 수술 등, MTF의 경우는 성기성형 수술, 가슴 수술, 목젖제거 수술, 성대 수술 등 외과적 수술과 그 후 발생할 수 있는 후유증에 드는 높은 의료비를 부담해야 할 때가 많다. 이러한 외과적 수술을 하지 않는다 하더라도 장기적 호르몬 투여의 비용 또한 만만치 않고, 호르몬 투여로 인한 부작용이나 질병의 위험성 역시 의료비 부담을 높인다. 이에 따라 트랜스젠더는 빈곤의 악순환에 놓이기도 한다.[200] 뿐만 아니라 가족관계에서의 어려움, 관련 법률이 존재하지 않아 발생하는 공부(公簿)상 성별정정의 어려움, 사회적 관계의 문제 등, 외모로 정체성이 드러날 수 있다는 커다란 차이는 트랜스젠더에게 또 다른 어려움과 차별로 이어진다.

이러한 집단적 차이 외에도 성소수자 내부에는 계급적, 계층적, 직업적, 성적, 연령적, 인종적, 지역적 차이 등 무수한 개인간의 차이가 존재한다. 우리는 이러한 차이들을 강조함으로써 내부의 조건과 입장의 차이를 아무것도 아닌 것으로 만들려는 시도를 경계할 수 있고, 성소수자를 고정적이고 단일하고 단순한 존재로 가두려는 인식에 대처할 수 있다. 개별적인 사안에서 구체적인 해결을 꾀하기 위해서도 이러한 차이에 민감할 필요가 있다. 당연하게도, 각각의 성소수자 인권 사안에서는 성소수자라는 존재 자체만이 문제되는 경우는 거의 존재하지 않는다. 가령 연예인의 커밍아웃 이후에 벌어지는 사건들은 그가 남성인지 여성인지, 트랜스젠더인지 아닌지, 탤런트인지 개그맨인지 가수인지, 외모가 어떠한지, 그 사람이 출연하고 있는 프로그램이 어떤 종류인지 등등에 따라 매우 크게 달라질 수밖에 없다. 결국 우리는 성소수자라는 유용한 개념으로 성소수자를 설명하고 이해할 수 있고, 성소수자들은 이

199) 트랜스젠더의 현실에 대해서는, 성전환자 인권실태조사 기획단, 앞의 보고서를 참조. 이에 따르면 성별정체성 때문에 학업을 중단한 경우도 응답자의 27.6%나 되었다. 이 자료는 설문조사와 대면조사를 함께하여 펴낸 것으로, 한국 최초의 트랜스젠더 인권실태조사이다. 트랜스젠더로서의 특수한 경험과 생활 현실, 차별 실태 등을 드러내고 있다. 한편, 성적소수문화환경을위한 연분홍치마 기획, 『3 X FTM : 세 성전환 남성의 이야기』, 그린비, 2008.는 세 명의 FTM의 이야기를 다큐멘터리북의 형식으로 엮어, 무게가 녹록치 않은 내용들을 읽기 쉽게 담았다. 이 책 역시 트랜스젠더에 대해 이해하는 데 큰 도움이 된다. 트랜스젠더에 대한 이론적 접근은 WIG, 『젠더의 채널을 돌려라』, 사람생각, 2008.이 도움이 된다. 위의 성전환자 인권실태조사 기획단에 참여했었던 연구자들을 중심으로 꾸린 연구모임 WIG에서 펴낸 책으로, 이 책 3부에는 법적 접근을 한 두 편의 글이 실려 있다.

200) 실태조사에 따르면 트랜스젠더들은 성확정을 위한 의료비 지출에 대해 상당한 부담을 갖는다. 이러한 어려움 때문에 트랜스젠더들은 희망하는 정책안으로, 성별변경에 대한 법률이 마련되는 것에 이어 2순위로 의료적 조치에 국민건강보험이 적용될 것을 꼽는다. 위의 「성전환자 인권실태조사」 참조.

개념을 통해 연대를 구성할 수 있지만, 차이에 대한 인식과 고민 역시 안고 가지 않을 수 없다.

2. 성소수자와 '차별'[201]

2009년 한국여성정책연구원이 전국 20살 이상 성인 2000명을 대상으로 설문조사를 한 결과에 따르면, 한국에서 가장 차별받는 집단이라고 생각하는 집단으로 동성애자가 꼽혔다고 한다. 흥미롭게도 가장 이웃으로 지내고 싶지 않은 가족으로도 '동성애'를 꼽았다.[202] 동성애자가 겪는 차별은 쉽게 드러나지도 않고 언론에 자주 나타나지도 않는다. 그런데 왜 우리는 가장 차별받는 집단이라고 생각하게 되었을까? 아마도 가장 이웃으로 지내고 싶지 않은 가족으로도 함께 꼽은 것을 보면, '나라도 동성애는 가장 차별하(게 되)겠다'라는 속내를 드러낸 것이라고 추측될 따름이다. 그렇다면 이런 차별은 도대체 어디서 오는 것일까? 차별의 구체적인 모습은 어떨까? 성소수자 차별의 메커니즘을 이해하기 위해서는 이 부분들을 짚고 넘어가야 한다.

(1) 성별 고정, 이성애주의, 성차별

기본적으로 성소수자에 대한 차별적 인식과 행동은 젠더를 남성과 여성으로만 구획하는 성별 이분법과 성별에 대한 생물학적 본질주의에서 비롯된다. 여기서는 이를 포괄하여 성별 고정주의로 부르려 한다. 남성과 여성이라는 두 가지 성만 존재하고 그 둘이 명확하게 구분된다는 또는 구분되어야 한다는 의식적, 무의식적 관념과 성소수자는 충돌한다.[203] 또한 성별 고정주의에 의하면 생물학적 남성/여성은 남성/여성 젠더로서 요구되는 외모, 행동양식, 언어양식, 성적 양식을 가져야 하는데, 성소

---

201) 이 글에서는 '차별'이라는 말을 다소 넓은 의미로 사용한다. 차별은 '본질적으로 다르지 않다고 평가되는 집단 또는 개인을 구별하여 특정 집단 또는 개인에게 불리한 대우를 하는 것'이라고 보는 것이 보통이다. 여기서는 이에 더해 간접차별(겉으로는 중립적인 기준을 적용하였지만 특정 집단 또는 개인에게 불리한 결과를 초래하는 것)을 포함하여 '성소수자에 대한 배제, 제한, 불리한 대우 및 불공정하고 불평등하며 억압적인 상황을 형성, 유지, 방치하는 모든 일'로 사용한다.(이는 <2008 성소수자 권리선언>에서의 차별에 대한 규정이다.) 한편, 차별이라는 용어는 특정 개인이나 집단을 (안전하게도) '피해자화'함으로써 그(들)의 피해경험을 효과적으로 전달할 수 있도록 한다. 그래서 소수자들은 이 '차별'이라는 용어를 자주, 그리고 전략적으로 사용한다. 그러나 그렇기 때문에 '차별'이라는 개념으로는 기존의 지배적 집단이 지배적으로 위치할 수밖에 없는 근본적인 구조에 대해 따지기 힘든 경우가 발생한다. 이에 따라 소수자의 차별 주장은 지배적 집단과 '형식적으로 동등한' 또는 '유사한' 지위를 누릴 것을 요구하는 수준에 그칠 위험이 크다. 이 글에서의 '차별'은 이런 위험에 대해 경계하면서 긴장하며 사용하는 용어이다.

202) 「'차별받는 집단' 동성애자·미혼모 순」, <한겨레신문>, 2009년 8월 15일자.

203) 성소수자의 젠더 형식은 남성 혹은 여성으로 환원되지 되지 않는다. 가령 게이 남성은 남성을 사랑한다는 점에서부터 '남성 젠더' 형식과 다르다. 또한 게이가 가지는 다른 남성과의 성적/애정적 관계 맺기의 방식은 '남성 젠더'가 여성과 관계 맺는 방식과 전혀 다르다. 그래서 우리는 남성과 여성이라는 두 가지 젠더라는 관점에서 벗어나 여러 가지 젠더들의 존재를 인식한다. 이러한 관점 자체가 성별 고정관념 혹은 성별 고정주의에서 벗어나는 것이면서, 우리 안의 성별 고정주의에서 벗어나는 데 도움을 주기도 한다.

수자는 그러한 일반적인 고정관념에 들어맞지 않는다. 생물학적 남성/여성은 언제나 '남성/여성다워야' 한다는 이러한 관념은 매우 널리, 확고하게 퍼져 있다. 그래서 여자 교복을 입은 트랜스젠더 남성의 '거친' 행동, 남자 교복을 트랜스젠더 여성이 여자 친구의 머리를 빗겨주고 거울을 보면서 즐기는 행동 등은 보통 일상적인 사회적 제재에 노출된다. 성확정 수술을 마친 후에도, 트랜스젠더 여성의 경우 굵은 골격을 가지고 있을 때, 사람들은 의아함과 의심의 눈초리를 보내기도 한다. 또 생물학적 여성이 여성에게, 생물학적 남성이 남성에게 애정을 표현하는 일 역시, 여성은 남성을 좋아해야 하고 남성은 여성을 좋아해야 한다는, 성별에게 고정된 행동양식에 반하는 것으로서 규율의 대상이 된다.

이러한 고정관념은 이성애주의로 연결된다. 이성애주의는 모든 사람이 이성애적 성적 지향을 가지고 있다고 가정하고, 그것만이 정상이라고 여기는 관념 또는 체제라고 정의할 수 있다. 이러한 관념은 동성애는 실제로 존재하지 않거나 존재하지 않을 수 있는 것이고, 존재한다고 해도 열등하고 부정적인 것이고, 그래서 불이익과 차별, 모욕과 멸시가 가해져도 어쩔 수 없거나 무방한 것이라는 인식을 포함한다. 실제로 우리의 거의 모든 대중매체나 문학, 영화와 같은 예술, 교과서, 일상 언어규범에서는 동성애는 아예 상정이 되지 않거나 부정적인 것으로 묘사되고 있을 뿐이다. 이러한 이성애주의 속에서 이성애자는 스스로의 성과 사랑에 대해 아무런 의문을 제기하지 않은 채 동성애를 자신의 삶의 영역에서 어떤 방식으로든 추방·공격할 수 있다. 반면 동성애자는 스스로를 긍정적으로 인식할 수 있도록 하는 동성애와 관련한 정보나 섹슈얼리티의 언어들을 습득하기 어렵게 되고, 차별과 편견과 폭력에 스스로, 또 타인에 의해 노출된다. 우리는 이러한 이성애주의를 통해 동성애자에 대한 차별의 많은 국면을 설명하게 될 것이다.

성소수자 차별과 관련된 또 한 가지 중요한 것은 성차별이다. 남성적 특질로 규정되는 것은 남성의 전유물로서 우월한 것으로 여겨진다. '남성'의 입장에서 생물학적 여성이 여성을 사랑하는 일은 남성의 성적 대상을 침해하는 혹은 빼앗는 것인 동시에 여성이 남성의 지위에 도전하는 일이 된다. 트랜스젠더 남성의 경우, 그는 '완전하지 않은 남성' 또는 '어쨌건 여성'이기 때문에 이류 남성 또는 비하의 대상, 심지어 '남성'에게 '안전한 성폭력의 대상'이 되기도 한다. 그리고 여성성이라고 규정되는 것은 열등한 것으로 여겨진다. 생물학적 남성이 여성적 특질이라고 규정되는 행위를 하는 것은 비하와 공격의 대상이 되고, '남성'으로서는 남성 집단의 자존심을 깎아내리는 일이 된다. 특히 남성이 항문으로 페니스를 받아들이는 것은 남성이기를 포기한 것이고 극히 수치스러운 일로 여겨진다. 이렇게 성차별 역시 성소수자에 대한 차별과 폭력에 중요한 매개고리로 작용한다.

성별 고정주의와 이성애주의, 그리고 성차별은 동전의 앞뒷면처럼 서로 연관된

것이어서 분리하기가 쉽지 않다. 이성애주의가 강요하는 이성애 모델은 성별 권력구조에 기초하고, 여기에는 또 성별을 생물학적으로 결정된 두 개의 젠더로 구분, 설정하고 각 젠더에 특정한 행위양식이 강제되어야 한다는 것이 전제된다. 다만 우리는 성소수자 차별을 분석할 때 어떤 특정 국면들을 강조하고 있을 뿐이다. 이런 성별 고정주의와 이성애주의, 성차별에는 또 다른 이름, 호모포비아와 트랜스포비아가 있다.

(2) 호모포비아와 트랜포비아

호모포비아(homophobia)는 동성애공포(증) 또는 동성애혐오(증)로 번역하여 사용하기도 하는데, 말 그대로 동성애에 대한 "강박적이고 비합리적인" 공포와 혐오, 또는 그 '증세'를 말한다.[204] 트랜스포비아(transphobia)는 마찬가지로 트랜스젠더에 대한 공포와 혐오를 의미한다.

우리는 일상적으로 호모포비아와 트랜스포비아를 경험한다. 징그럽다, 더럽다, 역겹다, 변태적이다, 우습다, 미쳤다, 호모냐 등등의 말에서부터 성소수자라고 알려졌을 때 주위의 기피, 따돌림, 폭행, 폭언, 성폭력, 가족 또는 친족 내에서의 축출 등 다양한 형태를 목격하고 경험한다. 또한 "인간은 남녀가 결합해서 사는 것이 정상이죠. 동성애는 반대 입장이지요."라는 현 대통령의 경선후보 시절 발언[205], "차별금지법안은 동성애도 차별을 받을 수 없는 정상으로 간주한다."라며 노골적으로 차별을 선동하는 어떤 교수의 발언[206]과 같은 호모포비아도 신문지상에서 발견하기도 한다. 이러한 호모포비아는 일상생활의 영역뿐만 아니라 행정정책, 사법적 접근, 공권력의 행사 등에 있어서도 공공연하게 등장한다. 호모포비아가 표면화되는 순간, 성소수자는 곧바로 차별의 상황에 직면한다.

---

204) 이 용어는 와인버그라는 심리치료가가 1967년에 처음 사용했다고 한다. 그는 호포포비아 역시 다른 공포증처럼 강박적이고 비합리적인 특성을 보인다고 보았다. 윤가현, 앞의 책, 242쪽. 포비아(phobia)는 '공포증'이라는 의미로 일반적으로는 '고소공포증'과 같은 심리학적 용어로 사용된다. 그러나 성소수자들은 호모포비아라는 단어를 심리학적으로뿐만 아니라 혐오· 공포의 감정 또는 태도, 혐오· 공포를 표출하는 언어적· 물리적 행위까지 이르는 말로 널리 사용하고 있다. 호모포비아를 가지고 있는 사람이라는 뜻으로도 이 단어를 사용하기도 있다(원래 이런 사람을 이르는 영단어로는 homophobe이 있다고 한다.)

205) 최보식기자 직격인터뷰, 「"나는 페미니스트 그러나 정치판에서는 여성도 경쟁상대"」, <조선일보> 2007년 5월 12일자. '페미니스트'라는 제목이 우습지 않은가? 페미니스트라면서 이렇게 비합리적으로 '동성애는 반대'라는(찬성과 반대라는 단어는 의미론적으로 견해, 의견, 제안 등에 대해 하는 것이다. 성적 지향이 견해, 의견, 제안인가?) 말을 한다는 것은 이해가 가지 않는다. 이에 대해 '친구사이'는 그해 5월 17일 국제 호모포비아반대의날을 맞아 집단 온라인 시위를 벌였고, 국제게이레즈비언인권위원회(IGLHRC)는 시위에 동참하자는 제안서를 국제적으로 발송했다.

206) "동성애자 인권? 대다수 시민들은 누가 보호?", <한국 교회의 나침반 뉴스파워>, 2007년 10월 23일 기사입력. 나는 이 기사의 제목으로 뽑은 교수의 말이 잘 이해가 가지 않는다. 동성애자가 '대다수 시민'들을 해한 적이 역사상 단 한 번이라도 있었던가? 나는 나치의 동성애자 대량 살상과 같은 역사나 수많은 청소년 성소수자를 자살로 몰고 가는 오늘날의 현실은 잘 알고 있다.

성소수자들 역시 스스로 호모포비아와 트랜스포비아에서 자유롭지 못하다. 이것은 두 가지 의미이다. 하나는 동성애자나 양성애자의 트랜스포비아, 트랜스젠더의 호모포비아가 존재하기도 한다는 의미, 또 하나는 동성애자나 양성애자가 자기 스스로 동성애에 대한 거부감 또는 공포를 보이거나 트랜스젠더가 생물학적 성별과 인식하는 성별의 불일치에 대해 거부감 또는 공포를 느낀다는 의미이다. 두 번째의 경우처럼, 사회의 이성애주의를 내면화하여 자기 스스로에게 거부감이나 공포감을 느끼는 것을 '내재화된(internalized) 호모포비아/트랜스포비아'라고 하기도 한다.[207] 한편, 동성애자가 스스로 가지고 있는 호모포비아를 "레즈비언이나 게이이거나(being) 혹은 되는(becoming) 것에 대한 공포"라고 보고 "두려움은 사회적으로 용인되고 심지어 제도적으로 허가된 반레즈비언, 반게이 혐오감에 대한, 자발적인 자기보호의 의도를 갖는 이성적인 대응"이라면서 성소수자가 경험하는 호모포비아/트랜스포비아를 '자부심의 중요한 선행자'로 보는 유의미한 관점도 있다.[208]

우리는 여기서 '공포증'이라는 의미의 호모포비아와 트랜스포비아를 잠시 살펴볼 필요가 있다. 이 '공포증'은 문제적이게도 가해와 피해를 전도시키기 때문이다. 성소수자는 차별받는 집단으로 재현되는 것이 아니라 가해집단으로 묘사된다.

> 병영 안에서 남성들 간의 성추행이 이처럼 심각할 줄은 정말 몰랐다. (중략) 군 당국은 이번 성추행 파문을 계기로 병영 안에서 벌어진 성추행 사례의 정확한 실태 조사와 함께 철저한 대책 마련에 즉각 나서야 할 것이다. 혹시 **병영 안에 우리도 모르는 사이에 동성애자들이 급속도로 확산되고 있는지도 모르는 일** 아닌가.[209]

> **성전환자 또는 동성애자 등은 보통 사람들과는 매우 다르게 성적 욕구가 나타나므로 군 기강을 해이하게 만들 우려가 있을 뿐 아니라, 단체생활을 하는 데서 수치심 유발 등 대인관계에 지장을 초래할 수 있다**는 점 등을 고려하여 병역처분을 내리고 있다.[210]

---

207) 윤가현, 앞의 책, 246-248쪽.

208) "두려움에 대한 존중은 그것에 굴복하는 것을 의미하지 않는다. 이는 두려움이 우리에게 말하는 것에 주의를 기울이기, 즉 그것을 진지하게 대하고 때로는 일정한 공간을 부여하는 것을 의미한다." 클로디아 카드, 강수영 역, 『레즈비언 선택』, 인간사랑, 2004.의 「제8장 동성애공포증과 레즈비언/게이 자부심」 참조. 이 책은 레즈비언 공동체와 윤리를 다루고 있는 레즈비언 철학자의 책이다. 레즈비언간의 관계, 커밍아웃과 아우팅의 의미, 동성애자 자긍심 등에 대해 흥미롭고 유의미한 내용을 다루고 있다.

209) 신명자, 「편집자에게/병영내 성추행 대책 서둘러야 -병영 성추행 위험 수위'기사(대한매일 7월12일자 9면)를 읽고」, <대한매일>, 2003년 7월 14일자. 강조는 인용자.

210) 박희수(병무청 선병국 병역정책과 사무관), 「누가 양심적이란 말인가? - 반론-서동진씨의 '양심적 병영거부 동성애자 임태훈을 석방하라'에 대해」, <한겨레>, 2004년 4월 20일자. 강조는 인용자.

위 인용문들에서 보듯 성소수자는 성폭력의 가해자이자 집단을 위협하는, '급속도로 확산 될 수 있는' 존재로 재현된다. 오히려 성소수자는 군대 내에서 심각한 인권침해 상황에 놓이고 이성애자에 의한 성폭력의 피해자가 되기가 쉽다.

호모포비아와 트랜스포비아는 "성소수자들은 성소수자 아닌 자들의 성에 위해를 가하는 존재, 이성애에 기반을 둔 가족제도 및 국가제도를 위협하는 공포스러운 존재"라는 인식을 포함한다. 이러한 인식 속에서 억압받는 성소수자의 실제 경험들은 무시되고, 성소수자에 대한 극도로 과장된 공포만이 전면에 부각된다.[211] 우리는 앞으로 법과 제도들을 살펴보면서 이러한 호모포비아/트랜스포비아를 끊임없이 발견하게 될 것이다.

(3) 차별의 양상들[212]

이제야 우리는 비로소 차별에 대해서 이야기할 수 있다. 차별이 실제로 나타나는 양상은 광범위하고 전면적이다. 성소수자들은 일상적으로 크고 작은 차별과 인권침해의 상황에 놓이다. 그러나 이러한 일들이 전면에 드러나거나 공개되지 않는 것은 성소수자임을 드러내지 못하게 하는 사회적 압력 때문인 경우가 많다. 성소수자라는 것이 알려졌을 때, 편견과 차별에 노출되기는 더욱 쉽기 때문이다. 우리는 자신의 정체성을 인정하고 드러내는 것 자체가 어렵다는 것이 본질적인 차별이라는 점을 염두에 두면서 차별의 양상을 살펴볼 필요가 있다.

우리는 성소수자로서 불편함, 낯섦, 짜증, 당황스러움, 거부감, 좌절감, 위축감, 죄책감, 두려움, 분노, 자살·자해 욕구를 경험하게 하는 일들을, 그리고 거절, 부정, 무시, 방치, 비하, 멸시, 모욕, 욕설, '윤리적' 공격, 부당한 대우, 성폭력, 폭언을 비롯

---

211) 마틴 루터 킹의 「공포의 치료법」이라는 글에는 아프리카 정글 한가운데에서 뱀을 두려워하는 공포는 합당하지만 도시 한가운데의 자기 집 카펫 밑에 뱀이 있을까봐 노심초사하는 공포는 '비정상적'이라는 이야기가 나온다. (사카이 다카시, 김은주 역, 『폭력의 철학』, 산눈출판사, 2007, 113쪽에서 재인용.) 호모포비아와 트랜스포비아 역시 '도시 한가운데의 자기 집 카펫 밑에 뱀이 있을지도 모르는 공포'와 유사하지 않은가? '일반 시민'들은 이주노동자의 범죄를, 또 노숙자의 폭력을 두려워하지만, 오히려 폭력에 대해 실질적으로 공포와 불안을 경험하게 되는 사람은 누구인가? 이른바 로드니 킹(Rodney King) 사건에서, 무방비의 흑인을 무자비하게 폭행한 것은 무장한 백인 경찰들이었지만, 폭행 장면을 녹화한 비디오를 보며 '그 흑인에게 폭행을 멈추지 않으면 당장이라도 벌떡 일어나 경찰에게 덤벼들어 폭력을 행사할 무시무시한 육체를 지니는 것으로 보인다'면서 경찰들에게 무죄를 선고한 백인 배심원들의 그 공포는 오히려 전도된 것은 아닌가?(전도된 공포는 법정에서 이렇게 작동하는 것이 아닌가?) 이 과장되고 전도된 공포로 이익을 얻고 지위를 유지하는 자들은 과연 누구인가? 이러한 '공포의 상상적 전도'에 대해서는, 사카이 다카시, 앞의 책, 「제2부 제1장 안전 - 공포와 폭력」을 참조.

212) 성소수자 차별실태에 대한 방대한 보고서로는 조여울 연구책임, 『국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사』, 국가인권위원회, 2005. 참조. 이 연구보고서는 체계적으로 다양한 영역의 차별 실태를 보여주는 동시에 이에 대한 정책대안을 제시하고 있다. 국가인권위원회 홈페이지에서 내려받을 수 있다.

한 폭력, 차별선동을, 또 교육현장과 노동현장에서의 불이익, 가족구성권 등에 있어서의 제도적 불평등, 군대 내에서의 위험, 법 적용에 있어서의 편견과 불이익 등을 포괄적으로 차별이라는 이름으로 살펴보려고 한다. 성소수자에 대한 차별을 표로 정리하면 다음과 같다. 영역을 구별하였으나 그 영역들은 동위에 있는 것은 아니다. 차별을 보다 잘 드러낼 수 있는 영역들을 선택적으로 부각시켰을 뿐이다. 또한 그 영역들과 차별의 양상들은 서로 얽혀있고, 구체적인 사안에서는 훨씬 복잡하고 다양하게 드러난다는 것을 염두에 두려고 한다.

성소수자 차별[213]	
영역	차별 형태
일상생활	성소수자가 없는/아닌 것을 전제로 한 표현[214], 동성애와 양성애 및 트랜스젠더에 대한 비하적 농담·비하·욕설, 성별 또는 성정체성을 묻는 질문, 성소수자에 편견 설파, 차별선동, 아우팅[215], 아우팅을 빌미로 한 협박 및 금품갈취, 동성간 스킨십 등 동성애적 표현에 대한 제제, 정체성 표현에 대한 제재, 커밍아웃에 대한 제한, 성역할 강요, 따돌림, 기피, 폭언, 폭행, 성폭력, 숙박시설 이용 제한, 종교기관에서의 교리에 기반을 둔 공격 및 전환치료 시도
가족	폭언, 폭행 등 학대, 내쫓김, 의절, 사실상의 가출 유도·종용, 경제적 지원 중단, 감시, 감금, 인터넷 접속 제한, 성소수자 친구들과의 접촉 및 통신 금지, 다른 친족과의 접촉 금지, 가족 사안에 대한 결정권 박탈, 가족행사 참여 제한, 친족회에서의 축출, 정신과 등 치료 강요, 결혼강제, 성별정정에서의 비협조[216], 호르몬 투여 등 성확정을 위한 의료적 조치 방해, 자녀가 있는 경우 양육권 및 자녀 면접교섭권의 박탈, 커플관계·동거관계 해소 강요
학교, 교육과정, 청소년	생물학적 성별 본질주의와 이성애를 전제로 한 교과서 등 명시적/잠재적 교육과정, 성소수자에 대한 잘못된 정보에 기초한 교육·학술자료, 성소수자를 고려한 성교육의 부재, 성소수자와 관련한 상담기관 또는 상담인력의 부재, 남성과 여성을 가르는 학교 체제 및 반 체제, 치마 등 특정교복 강제, 교사의 성소수자 혐오적 발언 및 태도, 성소수자를 가려내려는 이른바 '이반검열', 반성문 작성 강요, 이른바 '이반탈퇴각서' 강요, 자퇴 또는 전학

	종용, 종교적 상담 강제, 동성간 스킨십 금지 등 성소수자 차별적 학칙조항 제정, 징계, 교사 또는 학생에 의한 아우팅, 집단 따돌림, 친구들의 기피, 혐오발언, 폭행, 아우팅 협박과 이와 관련된 금전갈취 및 성폭력, 그 외의 성폭력 위험에의 노출, 사실상의 가출 유도·종용, 청소년 쉼터에서의 성소수자 거부, 성매매에의 노출, 성인 성소수자 커뮤니티에서의 거부, 이러한 요인들로 인한 자살 위험에의 심각한 노출[217]
언론, 인터넷 포털 등 매체	생물학적 성별 본질주의와 이성애를 전제로 한 프로그램 구성, 성소수자 관련 금칙어 지정, 성인인증 요구, 유해사이트 차단프로그램에서의 성소수자 관련 사이트 차단, 성소수자 관련 오보, 성소수자에 대한 잘못된 정보 제공, 성소수자에 대한 부정적 묘사, 종교 매체 등의 성소수자 매도 및 차별 선동
노동	입사취소, 강제전출, 승진 배제, 감봉 등 징계, 해고, 불가피한 명의도용 취업[218], 동료들의 따돌림, 모욕, 성폭력, 성매매 등 이성애 중심 회식 강요
의료	트랜스젠더에 대한 의료적 지원 미비, 성소수자 특성을 이해하는 의료기관의 많지 않음, 동성애자에 대한 정신장애 진단, 성소수자에 대한 잘못된 정보 제공, 이른바 '전환치료', 가족에 대한 아우팅, HIV/AIDS와 감염인 인권에 대한 몰이해
성폭력	성폭력 피해에의 노출, 동성간 강간에 대한 강간죄 적용 불인정
동성 파트너십/결혼 등 가족구성권	파트너십 및 결혼 봉쇄, 파트너의 상속·임대차 승계·국민연금 승계 등 배제, 관계 해소시 재산분할 및 위자료 불인정, 세제상 불이익, 파트너에 대한 의료조치 동의권·의료접견권 및 간병권 침해, 가족 수당 등에서의 불이익, 파트너 관련 경조사 휴가 불인정, 배우자 직장의료보험 가입 불가, 입양 불가, 특정 보험에 있어서 파트너 수익자 지정 불가, 국제 커플의 비자 갱신의 어려움
성별정정제도	성별정정에 관한 법률 미비, 대법원의 성별정정 허가결정 요건의 엄격성
군대	인성검사에서의 성적 지향 관련 문항 존재, 가족 및 동료에 대한 아우팅, 과도한 남성성 강요, 관심병사 지정, 사생활 침해, 외출 및 휴가 제한, 전화 등 통신 제한, 정신과 치료 강요, 강제 채혈, 집단 따돌림, 모욕, 폭언 및 폭행, 성폭력, 군형법 제92조 적용, 비전캠프 등 군 부

	적응자 훈련 프로그램 조치, 성소수자의 위축감 및 고립감에 대한 심리적 지원의 미비
교도소 등 수용시설	가족 및 타 수용자들에 대한 아우팅, 원치 않는 독거수용 또는 혼거수용, 트랜스젠더 수용에 있어 생물학적 성별에 따른 수용조치, 트랜스젠더의 속옷 등 의복 제한, 호르몬 투여 등 성확정을 위한 의료적 조치 방해, 집단 따돌림, 모욕, 폭언 및 폭행, 성폭력, 성소수자의 위축감 및 고립감에 대한 심리적 지원의 미비
공공기관 및 형사절차	트랜스젠더에 대한 신분증 요구[219], 성희롱 등 성폭력, 성폭력 조사 과정에서의 2차 가해, 트랜스젠더의 여경 요청 거부, 비하, 모욕, 비협조, 가해자 추정, 피해 불인정, 가족에 대한 아우팅, 불필요한 타 직원에 대한 아우팅, 공개된 장소에서의 조서작성, 성정체성을 밝힐 것을 요구, 불필요한 호기심 추구 등 사생활 침해, 동성커플 가족 내 가정폭력에 대한 차별적 대응
사법작용	법정에서의 동성애 비하 또는 혐오[220], 판결문에서의 동성애에 대한 부정적 표현, 성소수자에 대한 몰이해에 기반을 둔 판결
기타 정책, 복지 시스템 및 서비스 이용	동성애표현물의 등급에 대한 차별적 잣대, 헌혈 문진시 남성의 경우 남성과의 성관계 여부 확인, 교육시설 이용 차별[221], 장기전세주택 및 보금자리주택 신청에서의 사실상 배제, 적절한 보험 상품의 부재
기타 제도 미비	차별금지법 등 차별에 대한 예방 및 모니터링 · 구제절차 미비, 교육기관, 행정기관, 수사기관, 사법기관, 군대 등 국가기관에서의 성소수자 인권 가이드라인 및 인권교육 프로그램 미비

213) 여기에 나타난 차별 형태는 연구조사나 성소수자 단체의 공식적/비공식적 상담사례, 그리고 개인적 경험과 주위의 경험에서 등장하는 것들이다. 매우 드물게 나타나는 것도 있고, 일반적으로 나타는 경우도 있다. 그러나 놀랍게도 거의 발생하지 않을 것이라고 여겨지는 일들이 높은 빈도로 나타나는 경우가 많다. 이 표의 구분이나 차별형태의 제시는 완성된 것이 아니다. 수정과 보완이 필요하다.

214) 남성에게 "너 '여자친구' 있어?"라고 묻는 말, '이성교제'라는 표현 등.

215) 아우팅(outing)은 스스로의 결정에 의해 하는 커밍아웃과 달리, 자신의 뜻과 상관없이 다른 사람에 의해 성소수자임이 밝혀지는 것을 말한다.

216) 현재 트랜스젠더가 법원에서 성별정정 결정을 받기 위해서는 만 20세 이상의 행위능력자일 것을 요구하고 있는데, 그럼에도 생존부모가 있는 한 '부모의 동의서'는 반드시 필요하다. 대법원 예규 <성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침> 제3조 제1항 6호, 제6조 1호.

217) 최근 연구에 따르면 청소년 성소수자의 자살 시도를 한 경우가 응답자의 47.4%로 매우 높게 나타나고 있는데, 이는 청소년 가운데 자해행위나 자살을 기도한 경험이 있는 청소년이 10% 정도인 것에 비해 거의 다섯 배가 높은 수준이다. 강병철 외, 『청소년 성소수자의 생활실태 조사』, 한국청소년개발원, 2006, 80쪽. 외국의 경우에도 청소년 성소수자의 자살 시도율은 청소년 전체 자살 시도율에 비해 2-3배가 높게 나타나고, 청소년 자살의 30% 정도를 성소수자가 차지한다. 같은 책 34-35쪽.

Ⅲ. 성소수자와 법

1. 성소수자에게 법제도가 가지는 의미

성소수자의 차별에 대해 우리 법은 어떤 보호책이 되고 있을까? 성소수자에 대해 법은 얼마나, 어떻게 규율하고 있을까? 성소수자와 관련해 법이 규율할 수 있는 영역과 수준은 어느 정도일까? 성소수자에게 법은 어떤 의미를 가지고 있고 어떤 의미를 가질 수 있을까? 성소수자와 관련해 법이 개입하는 것은 어떤 한계를 가질까?

우리가 살펴본 다양한 차별 형태 중에는 법적으로 규율할 수 있는 것이 있고 무리가 따르는 부분도 있다. 또한 적극적으로 법이 요구되는 영역이 있고 또 법의 규율이 사라져야 하는 사안도 있다. 우리는 그 구체적인 모습들을 뒤에서 살펴보게 된다. 우리는 그 전에 성소수자로서 전체적인 법제도에 대해 가지는 고민을 살펴볼 필요가 있다.

우리는 법과 제도를 요구하면서도 언제나 그 위험을 경계하게 된다. 성소수자가 과연 국가에게 '인정'받아야 하는지 문제제기하고, 성소수자와 관련된 어떤 법제도가 만들어졌을 때 그것이 낳을 또 다른 배제를 고민하며, 법 바깥에 위치한 채 성별 본질주의와 이성애주의에 입각한 법체계와 사회체제를 근본적으로 비판하고 성찰하고 변화시킬 것을 꿈꾸고, 성소수자가 자생적이고 자율적으로 세워온 윤리와 규율과 성적 관계에서의 형식들이 법제도 안에서 성별 고정주의와 이성애주의의 다른 이름에 불과한 '법 감정' 또는 '사회통념'에 의해 재단당하고 평가받고 공격당하는 것에 반대한다. 가령 우리는 동성 결혼 또는 파트너십과 같은 성소수자의 가족구성권을 요구하면서도 그것이 비혼자를 차별하는 결과를 낳지 않을지 고민하고, 이성애 · 법률혼 · 유자녀 · 국내혼 · 서민 이상의 경제력 모두를 가정하는 이른바 '정상 가족'

---

218) 성별정정을 하지 못한 트랜스젠더의 경우 형제 등의 주민등록을 빌려 취업하기도 한다.

219) 동사무소에서 민원서류를 발급받을 때, 은행에서 계좌를 개설할 때, 경찰의 불심검문을 받을 때, 수사를 받을 때, 운전을 하다가 운전면허증을 요구받을 때, 입출국심사를 할 때, 국회 등 국가기관/공공기관을 출입할 때 등등 신분증을 요구할 때마다 트랜스젠더는 난감한 상황에 놓인다. 엄밀히 말하면 공부상 성별정정의 어려움에서 파생되는 차별이라고도 할 수 있을 것이다.

220) 군형법 제92조 이른바 '계간 조항'이 적용된 사건의 항소심에서 재판장은 "피고인 피 속에 동성인 자가 있는 것 아닌가요?"라고 물은 바가 있다. 군대 내 성소수자 인권증진 프로젝트팀, 「우리나라 군대는 동성애자를 어떻게 바라보는가」, 동성애자인권연대 · 한국게이인권운동단체 친구사이 공동주최, 『군대와 게이, 불편한 관계 속에서 인권의 길을 찾다』 토론회 자료집, 14쪽. 이 토론회 자료집은 <군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크> 홈페이지(http://gunivan.net)의 자료실에서 내려받을 수 있다. 군대 내의 동성애자와 관련된 법적 쟁점, 사례 등과 군 관련 성소수자 인권과 관련한 고민이 담겨 있어 유용한 자료이다.

221) 국가인권위원회 2005. 2. 21. 04진차218 결정.

이데올로기를 넘어서기 위한 싸움을 기획하며, 가족구성권 획득이 성소수자의 성적 자율성을 억압하고 규격화하지 않을 것을 요구한다. 또한 트랜스젠더 성별정정 특별법을 요구하면서는 성별정정 요건으로 규정된 것들이 트랜스젠더 내부를 가를 위험성을 고려하고, 주민등록 번호 뒷자리를 1 또는 2, 3 또는 4의 고정적 성별분리 방식으로 내어야 하는지 문제제기하며, 성별정정이 요구하는 외모, 신체, 성역할, 행동양식의 성별 고정주의적 규제를 고민한다.

결국 이미 이성애와 성별의 생물학적 고정을 전제하고 있는 법체계 자체에서 성소수자가 위치할 주변성에 대한 성찰들, 그럼으로써 결국 우리는 그러한 법체계에 투항한 채 진입하는 것은 아닌가 하는 고민들, 즉 그러한 법체계 자체와 그 법체계가 기반하고 있는 사회체제가 근본적으로 변화해야 한다는 생각들을 하게 된다. 단순하게 본다면 국가로부터 자유로울 권리와 국가의 개입을 요구할 권리의 긴장이라고 볼 수도 있겠지만, 종종 국가와 법의 바깥에서 그것들을 바라보게 되는 소수자의 위치는 쉽게 그렇게 환원되지 않는다. 카프카의 <법 앞에서>에 나오는 시골사람처럼 우리는 법이 우리를 봐주기를 서성거리고 진입 가능성을 모색하면서도, 아예 뒤를 돌아 떠나야 할지, 그 강하고 깐깐한 문지기를 죽이는 것은 어떨지, 문지기를 죽이면 내가 새로운 문지기가 돼버리는 것은 아닌지, 아니면 스스로 성벽에 새로운 여러 개의 문을 낼지 고민하게 된다.

그렇다고 해서 현실적으로 벌어지고 있는 심각한 차별 양상들을 그대로 내버려 둘 수는 없다. 우리는 이런 고민들을 그치지 않고, 또 그 고민들을 투영하면서, 성소수자에 대한 차별을 줄일 수 있는 정책을 말하고, 차별을 당했을 때 이를 실질적으로 구제할 수 있는 방안을 요구하고, 성소수자가 스스로의 모습대로 살아갈 수 있도록 할 것을 요구하고, 고용 등과 관련한 물리적인 생존권과 우울과 자기부정에 내몰리지 않을 심리적인 생존권을 절박하게 외친다. 우리는 단지 법이 성소수자를 '인정'하도록 요구하는 것도 아니고, '성소수자 차별'에 갇힌 채 이야기하는 것도 아니다. 적어도 법과 제도가 이미 가하고 있는 구체적인 차별을 중지할 것을 요구하고, 성소수자의 삶을 현실적으로 이해하고 지지해줄 것을 사회적 요청으로 삼으며, 잘못된 인식과 가정과 전제들을 바꿀 것을 요구하고, 그럼으로써 모든 사람들을 규율하고 있는 생물학적 성별고정과 이성애주의 그리고 그에 기반한 공식적/비공식적인 제도와 규범에 대해 문제제기하는 것이다.

우리는 이러한 한계와 현실과 고민을 안고, 실정법과 실제의 사법작용들을 보게 된다.

2. 성소수자의 법적 현실(1) - 법령 및 행정규칙

막상 성소수자와 관련한 법령을 찾아보면 그 수는 극소수에 불과하다. 곧 시행

될 예정인 법률을 포함한 관련 현행 법령을 찾아보면 다음 표와 같다.

성소수자 관련 법률			
영역	법률명	연혁	내용
군대	군형법	*1962년 제정 *2009년 제92조를 제92조의5로 변경하면서 법정형을 징역 1년에서 징역 2년으로 상향조정. 2010년 2월 3일부터 시행	*개정 전에는 제15장(기타의 죄)에 제92조 (추행)로 “계간[222] 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정하여 강제성을 요건으로 하지 않음으로써 군인간 합의에 의한 동성간 성적 접촉까지 처벌하고 있음. *개정법은 제15장(강간과 추행의 죄) 제92조의5(추행)로 “계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정 (※구 군형법 제92조는 구성요건의 명확성 이 갖추어지지 않아 죄형법정주의에 어긋나고, 징역형으로만 규율하고 있어 과잉금지원칙에 위배되며, ‘동성애 처벌법’이라고 불리며 평등권 및 사생활의 자유 침해 등의 문제를 안고 있어 군사법원이 위헌법률심판제청을 하여 헌법재판에 계류 중임에도 개정 과정에서 오히려 법정형 상향 조정하여 논란이 됨)
노동, 각종 재화 및 서비스 등 이용, 교육 등 다양한 영역	국가인권위원회법	*2001년 제정 *평등권침해의 차별행위에 대한 규정이 제30조 조사대상 조항에서 제2	* 평등권침해의 차별행위로서 성적 지향을 이유로 한 고용, 재화 등 이용, 교육시설 등 이용에 있어서의 우대, 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위 및 성희롱 행위를 규정하고(제2조 4호) * 국가기관 등의 업무수행과 관련하여, 또는 법인, 단체, 사인에 의해

포괄		조 정의 규정으로 이동	차별행위가 발생한 경우, 이를 당한 사람 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 그 내용을 진정할 수 있도록 함(제30조 제1항) * 진정이 없더라도 차별행위 근거가 상당하고 중대한 경우 직권으로 조사할 수 있도록 함(제30조 제3항) * 국가인권위원회는 이에 대해 조사를 하고 차별행위가 인정된 경우 구제조치, 시정, 징계 등을 조정, 권고하거나 고발할 수 있도록 함(제40조, 제42조, 제44조 등)
수용시설	형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률	*2007년 행형법이 전부 개정되면서 조항 신설 *2008년부터 시행	*제5조(차별금지)에 수용자가 합리적인 이유 없이 성적 지향을 이유로 차별받지 않는다고 규정 *권리구제로는 소장 면담과 청원 등을 규정(제116조 및 제117조)
수용시설	군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률	*2009년 군행형법이 전부 개정되면서 조항 신설 *2010년 5월부터 시행	*조항만 약간 다를 뿐 위와 동일하게 규정(제6조, 제101조, 제102조)

군형법 제92조의5는 1962년 제정된 군형법 제92조가 최근 개정된 조항이다. '한국 유일의 동성애 처벌법'이라고 불리며 군대에서 동성애를 규율하는 법률로 계속되고 있다. 이 법은 남성간의 성행위를 계간(鷄姦)이라 이르며 비하하고, 동성애를 '추행'으로 인식하면서 동성애자를 추행자 또는 성폭력범인 것처럼 묘사한다. 특히 강제성 요건이 없어 합의에 의한 성관계, 심지어 휴가 중 자택에서 성관계를 한 것을 규율한다. 이에 따라 동성간 성적 접촉 자체는 불법적인 것, 형법적으로 규율되는 것, 측 처벌의 대상이 된다.

한편 2001년 국가인권위원회법이 제정되면서 한국 법령에 최초로 '성적 지향'이

222) 남성간 항문성교를 비하하여 이르는 말

라는 단어가 등장한다. 이 법은 성적 지향을 이유로 배제하거나 불리하게 대우하는 행위 등을 차별행위로 규정함으로써 성소수자 차별을 법문으로 드러내, 매우 의미 있는 변화를 이루었다고 평가된다. 특히 이 법에서 차별행위가 인정되는 이유로 제시된 성적 지향 등의 항목들은 다른 법에도 수용되고 있다는 점에서 의미가 있다. 이 항목들은 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'과 '군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률'에 거의 포함되어, 여기서도 성적 지향은 각각 2007년과 2009년에 차별금지 대상 항목으로 규정되었다. 이 법률들에서는 동성애자나 양성애자는 차별에 노출되기 쉬운 위치에 놓여 있는 존재로 나타난다. 그러나 트랜스젠더는 여기에 등장하지 않는다는 심각한 한계를 지닌다. 또한 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'과 '군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률'에서는 성적 지향에 따른 차별 금지는 사실상 선언적인 조항에 그칠 뿐, 수용자가 성적 지향에 따른 차별을 받는 경우 국가인권위원회법상 조사권과 시정권에 큰 한계를 가진 국가인권위원회에 문을 두드릴 수밖에 없다.

이렇게 현행 법률에서 성소수자는 추행자 또는 차별의 위험에 노출된 자라는 형태로 재현된다. 여기에 트랜스젠더는 '차별'과 관련해서 법률에 규정되지 않는다. 그렇다면 국회가 제정한 법률이 아닌 대법원 예규나 행정규칙에서 성소수자는 어떻게 드러날까? 현행 행정규칙과 대법원 예규에서 성소수자가 드러난 경우는 다음 표와 같다.

성소수자 관련 행정규칙 및 대법원예규			
영역	규칙/예규명	연혁	내용
성별정정 제도	성전환자의 성별정정 허가 신청사건 등 사무처리 지침 (대법원 가족관계 등록예규)	*2006년 대법원 결정[223]에 의해 트랜스젠더의 성별정정이 가능하게 됨에 따라 관련 절차를 마련한 것으로 2007년 제정 *2008년 국가인권위원회의 권고[224]를 일부 수용하여	*성별정정 허가신청과 허가결정의 절차, 주문례, 결정에 따른 가족관계등록부 기재 등을 규정 *제출해야 하는 첨부서류 목록과 허가기준 조항을 통해 성별정정 허가 요건 규정 (※성별정정 허가 요건에 대한 문제점 지적이 계속되고 있음)

		2009년 개정	
형사절차	인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 (경찰청훈령)	*2005년 제정	*제2조 4호에 '성적 소수자' 정의규정으로 "동성애자, 양성애자, 성전환자 등 당사자의 성정체성을 기준으로 소수인 자"라고 규정 *제4장(수사) 제3절(사회적 약자 보호)의 제76조(성적 소수자 수사)에 "성적 소수자가 자신의 성 정체성에 대하여 공개하기를 원하지 않을 경우에는 이를 최대한 존중하여야 하며, 불가피하게 가족 등에 알려야 할 경우에도 그 사유를 충분히 설명하여야 한다."라고 규정하여 아우팅 제한 *제4장(수사) 제4절(유치인 인권보장)의 제80조(사회적 약자에 대한 배려) 제4항에 "성적 소수자인 유치인에 대하여는 당사자가 원하는 경우 독거수용 등의 조치를 취해야 한다."라고 규정
형사절차	인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 (해양경찰청훈령)	*2007년 제정	*조항만 약간 다를 뿐 내용과 구성은 위와 동일
군대	징병 신체검사 등 검사규칙 (국방부령)	*2007년 국가인권위원회의 권고[225]에 따라 2008년 단서조항 삽입	*징병 신체검사에서 비뇨기과 검사에 있어 원칙적으로는 개인별로 칸막이를 하고 검사를 해야 하나, 성전환자인 경우 법원 결정서, 성전환자임을 알 수 있는 신체검사서 또는 방사선 소견서 등으로 검사를 대체 (제8조 제2항 10호 단서)
군대	부대관리	*2006년 2월	*제4편(사고예방)의 제5장(동성

	훈령 (국방부훈령)	동성애자 병사에 대한 인권 침해 사건[226]이 불거진 것을 계기로 2006년 4월 <병영 내 동성애자 관리지침> 제정 *위 <지침>에 대한 성소수자들의 비판이 제기되자 2008년 국방부 훈령 제898호 <병영 내 동성애자 관리에 관한 훈령>으로 일부 수정, 격상 *2009년 <부대관리훈령>이 제정되면서 내용변경 없이 통합	애자 병사의 복무)으로 실려 있음 *평등취급, 차별금지, 아우팅 제한, 교육 강화 등을 규정 (※근본적인 접근 방식과 구체적인 내용에 있어 문제점을 지니고 있다는 비판을 받고 있음)
군대 및 의료	국방간호업무 (국방부훈령)	*2008년 제정된 것으로 보이나 확인 못함 *현행 훈령은 2009. 8. 17. 개정 국방부훈령 제1167호	*제3장(간호업무지침) 제7조(간호단위별 업무) 제9항 전염병동에서 1호 AIDS(후천성면역결핍증) 및 HIV 항체 양성자 입원의 '가'목 환자관리 "(2)동성애 또는 양성애 경력이 있는 자는 같은 방에 배치하지 않는다."라고 규정 (※편견에 기초한 훈령 규정이라고 평가됨)
기타	헌혈기록	* 혈액관리법	*채혈금지 대상을 확인하는 문

정책	카드 (보건복지가족부고시)	시행규칙 내에 서식으로 규정되어 있었음 *2004년 국가인권위원회의 권고[227]에 따라 2005년 '동성과의 성접촉' 항목을 '남성의 경우 다른 남성과의 성접촉' 항목으로 변경 *2009년 혈액관리법 시행규칙에서 별도로 분리되어 보건복지부가족고시로 변경	항으로서 "10. 최근 1년 이내에 아래와 같은 경험을 한 적이 있습니까? 불특정 이성과 성접촉을 하거나 남성의 경우 다른 남성과 성접촉이 있다."가 규정되어 있어 이성간의 성접촉과 남성간의 성접촉을 '특정'성에 있어서 다르게 설정 (※여전히 차별적이라고 평가됨)

223) 대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체결정.

224) 국가인권위원회 2008. 8. 25. 06진차525・ 06진차573병합 결정. 국가인권위원회는 이 결정에서 성별정정 허가요건 중 성기수술, 만20세 이상, 혼인한 사실이 없을 것, 병역 의무를 이행하였거나 면제받았을 것 등 9가지가 인권침해 요소가 있다며 개정을 권고하였다.

225) 국가인권위원회 2007. 7. 20 07진인533 결정. 이 결정은 법원 결정에 의해 남성으로 성별정정한 트랜스젠더가 징병검사를 받는 과정에서 법원결정문 및 전문의의 병사용 진단서를 제출하고 자신의 상황을 설명했음에도 징병전담의사가 하체를 직접 확인할 것을 요구하고 시진(視診)한 사건에 대해 인격권 침해 소지가 있음을 인정하고, 트랜스젠더에 대해 수치심을 최소화할 수 있도록 <징병신체검사 등 검사규칙>을 개정할 것을 국방부장관 및 병무청장에게 권고한 것이다.

226) 당시 부대는 피해자에게 동성애자임을 입증하라며 동성과의 성관계 사진을 찍어올 것을 요구하였고 편견에 사로잡혀 HIV/AIDS 검사를 위한 강제채혈을 하였다. 이 사건에 대해 인권단체들이 '군대 내 동성애자 인권침해 사건 진상조사단'을 꾸려 대응에 나섰고, 국가인권위원회는 이를 인권침해로 인정하였다.(국가인권위원회 2006. 6. 26. 06진차87 전원위원회 결정) 이 사건의 자세한 경과와 내용은, 정욜, 「군대 내 성소수자 인권의 물꼬를 트다」, 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔~ 프로젝트 모둠자료집』, 동성애자인권연대・ 한국게이인권운동단체 친구사이, 2008, 8-12쪽을 참조. 이 자료집은 <군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크> 홈페이지(http://gunivan.net)에서 내려받을 수 있다. 군 관련 성소수자 인권 문제를 다양하게 담고 있는 자료집으로 많은 도움이 된다.

227) 국가인권위원회 2004. 8. 3. 03진차664 결정. 국가인권위원회는 동성애자인권연대가 헌혈 전 작성해야 하는 헌혈기록카드의 문진사항 중 채혈금지 사항으로 되어 있는 "최근 1년 사이에 동성이나 불특정 이성과 성접촉이 있었다"라는 항목이 성적 지향에 따른 차별이라고 진정한 사건에 대해, "동성애가 에이즈의 원인인 것처럼 간주되어온 편견을 심화시킬 수 있다"라며 차별로 판단하여 보건복지부장관에게 바꿀 것을 권고하였다

행정규칙이나 대법원 예규는 그 성격상 인권보장에 무게가 있기보다는 행정적 편의를 위한 것이거나 업무의 매뉴얼인 경우가 많다. 그렇기 때문에 규칙이나 예규는 그 절차의 편의성 등을 추구하면서 소수자들에게 실질적으로 차별을 가할 수 있다. '성전환자의 성별정정 허가 신청사건 등 사무처리지침'과 '부대관리훈령'(이 둘은 뒤에서 더 살피게 된다), '국방간호업무'는 절차나 방법 등을 담고 있는 것으로 보이지만 사실상 성소수자를 직접적으로 규율하고 관리하기 위한 것으로 판단된다. 성소수자를 인권의 주체로 보는 관점이 아닌 절차와 관리의 대상으로 보는 관점은 필연적으로 인권침해의 요소를 갖게 된다. 왜 HIV/AIDS 감염인 중 동성애 또는 양성애 '경력'이 있는 자는 같은 방에 배치하면 안 되는가?

보건복지가족부 고시 '헌혈기록카드'는 국가인권위원회의 권고 이후에도 차별적인 내용을 담고 있다고 평가된다. 사실 국가인권위원회는 여성간의 성접촉의 경우에는 HIV 감염가능성이 극히 낮다는 것을 언급하며 "최소한 동성간 성접촉 여부에 관한 질문을 남성에게만 한정할 것을 권고"하였다. 이후 보건복지부는 이를 받아들여, 2005년 1월 30일 시행된 혈액관리법 시행규칙에서 헌혈기록카드의 문진사항을 "남성의 경우 다른 남성과 성접촉이 있었다"로 개정하였다. 이런 국가인권위의 결정과 바뀐 현행 문진사항은 문맥상 여전히 남성 동성애가 에이즈의 원인인 것처럼 간주되어 온 편견을 심화시킬 수 있다는 점에서 성적 지향에 따른 차별을 하고 있다. 굳이 이러한 사항을 넣으려면 '남성의 경우 불특정한 남성과의 성접촉이 있었다'라고 하거나, 더 나아가 이성이나 동성과 상관없이 '콘돔을 사용하지 않은 등 안전하지 않은 성관계가 있었다'로 고칠 필요가 있다. 현행 고시는 남성간 성행위는 '특정'하건 '불특정'하건, '안전'하건 '안전하지 않'건 HIV의 원인인 것처럼 재현하고 있다는 점에서 문제가 있다.

한편 '징병신체검사 등 검사규칙'의 개정은 규정의 미비가 실질적으로 인권침해를 가져올 수 있다는 것을 잘 보여준다. 구 검사규칙 역시 단지 절차와 기준을 규정하고 있는 것처럼 보이지만 실제로는 소수자의 인권을 침해하는 효과를 낳는다. 성소수자가 없는 것처럼 여기고 있는 이러한 행정절차의 위험성들은 앞으로 불거져 나올 가능성이 높다.

반면에 경찰청 훈령과 해양경찰청 훈령인 '인권보호를 위한 경찰관 직무규칙'들은 성소수자를 '주체'로 파악한다. '성적 소수자가 원하지 않는/원하는 경우'라는 법문의 형식은 성소수자에게 결정권이 있음을 명시하고 있다는 점에서 아주 긍정적으로 평가된다. 특히 법령에 단 한 번도 등장한 적 없는 용어인 '성적 소수자'라는 용어를 사용함으로써 트랜스젠더를 포함하고 있다는 점에도 주목된다. 뿐만 아니라 형사절차에서 성소수자들이 가장 큰 불편을 받는 아우팅의 문제와 유치장 수용의 문제를 구체적으로 명시함으로써 성소수자의 목소리를 반영하고 있다. 이러한 방식은 성

소수자 인권보장과 관련한 법령, 행정규칙 등에 널리 쓰여야 하고, 필요한 부분을 더 보충해 나가야 한다.

우리 법령과 행정규칙, 대법원 예규 등에서 성소수자는 추행자, 에이즈의 원인, 관리의 대상, 특정 절차의 신청인, 차별의 위험에 노출된 자, 그래서 인권을 보장해야 하는 존재 등으로 나타난다. 그러나 이렇게 성소수자가 법령 등에 등장하는 경우는 극히 드물고, 등장하는 경우에도 대부분 인권의 주체로 규정되지 않으며, 실질적인 구제 절차는 매우 한정되어 있을 뿐이다.

3. 성소수자의 법적 현실(2) - 법원의 태도

이렇듯 법령이 미비하다면 이를 채워야 할 기관은 사법부이다. 2006년 대법원의 트랜스젠더 성별정정 허가 결정[228]은 사법부가 이러한 역할을 수행했다는 점에서 커다란 의미가 있다. 이 결정이 있고난 후 비로소 하급심에 의해 간헐적으로, 각 재판부에 따라 일관적이지 않게 허용되던 트랜스젠더의 성별정정이 명확하게 가능하게 되었다. 입법부가 이미 외국에서는 일반화된 트랜스젠더의 성별정정과 관련한 법률을 제정하는 데 사실상 손을 놓고 있는 상황에서 법원은 트랜스젠더의 큰 어려움을 덜어주었다. 다만, 뒤에서 또 다시 살펴보게 되겠지만, 이후에 만들어진 '성전환자의 성별정정 허가 신청사건 등 사무처리지침'이 성별정정 허가 요건을 지나치게 엄격하게 규정하여 그 한계를 보여주었다. 그러나 이런 한계는 이러한 요건과 관련한 문제를 입법적으로 해결하지 못한 국회에도 책임이 있다고 생각된다. 사법부로서는 입법이 없는 현실 속에서 운신의 폭이 크지는 않기 때문이다.

성별정정 허가 사건에서 가장 주목할 만한 것은 성별을 어떻게 판단하느냐이다. 법원은 그전까지 성별 판단 기준에 대해 수차에 걸쳐 판단한 바 있다. 기존에는 생물학적으로 파악되는 성별만이 법적 성별이라고 보는 입장이 주류였던 것으로 보인다. 1995년 광주지방법원은 "호적제도하에 있어서의 성을 결정함에 있어서는 발생학적 성인 성염색체의 구성이 가장 중요한 기준이 되어 특단의 사정이 없는 한 성염색체의 구성에 따라 결정되는 성과 다른 성을 인정할 수는 없다"면서 트랜스젠더의 호적정정 신청을 받아들이지 않았다.[229] 그런데 1996년 대법원은 MTF 트랜스젠더가 '부녀'로 한정된 형법상 강간죄의 객체가 될 수 있는지 판단하면서, 사람의 성은 성염색체 구성뿐만 아니라 심리적·정신적인 성과 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정해야 한다고 보아 생물학적 본질주의를 극복한 중요한 판단을 내린다.[230] 대법원은 이후에도 이러한 판단을 유지해 트랜

228) 대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정

229) 광주지법 1995. 10. 5. 95브10 결정

230) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결. 그런데 대법원은 이런 전향적인 기준을 세워놓고, 피해자가 성전환수술을 하였고 외견상이나 성격상 여성이고 여성으로서 살아가고 있다는 것을 인정한 후,

스젠더 호적정정 결정을 내리게 되었고, 2009년에는 최초로 MTF 트랜스젠더를 강간죄의 객체로 인정한 커다란 의미 있는 판결을 선고했다.[231]

그러나 법원이 언제나 이런 전향적인 판단을 하는 것은 아니다. 동성애에 대한 편견을 그대로 노출하거나 그 편견을 사실로 인정하는 경우도 상당하다.

> 악질적인 채무불이행·불효·이간·허언·불화불목·부랑·명정·구걸 등이 윤리 도덕상의 비난가능성에도 불구하고 형사처벌의 대상은 아니며 성문제와 관련해서도 **근친상간·수간·변태적 성행위·동성연애·혼음 등도 그 도덕적 비난가능성은 간통에 비하여 덜하다고 할 수 없는데**[232]

> 군형법 제92조에서 말하는 '추행'이라 함은 **계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위**로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것이라고 할 것[233]

위의 헌법재판소 결정의 반대의견에는 '동성연애'가 도덕적으로 비난할 만한 행위로 설명되고, 그 아래의 대법원 판결에는 동성애 성행위가 '객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반'한다고 규정된다. 동성애가 왜 부도덕한지에 대해서 아무런 논리적 근거도 제시하지 않은 채[234] 동성애에 대한 편견과 호모포비아를 그대로 드러낸다. 특히 위 대법원 판결의 경우 최근에 나온 판결임에도 성소수자에 대한 사회적 이해를 전혀 반영하고 있지 못하다는 점에서 심각한

종합적으로 고려해 보면 피해자를 사회통념상 여자로 볼 수 없다고 판단했다. "이러한 결론은 대법원이 스스로 제시한 성별 판단기준과 모순되는 것으로 보인다." 홍춘의, 「성전환자의 성별 결정에 대한 법적 접근」, 한인섭 · 양현아 편, 『성적 소수자의 인권』, 사람생각, 2002, 119쪽. 『성적 소수자의 인권』은 성소수자에 대한 법적 접근을 시도한 한국 최초의 단행본으로, 성소수자에 대한 기본적인 법적 이슈와 그 접근 방식을 살펴보는 데 아주 유용하다. 이 글은 사실상 이 책에 실린 글들의 체계와 내용에 기초해 있다.

231) 부산지방법원 2009.2.18. 선고 2008고합669 판결에서 성별정정을 하지 않은 MTF 트랜스젠더를 강간죄의 객체로 인정하였고 항소심을 거쳐 대법원에서 확정되었다. 대법원 2009.9.10. 선고 2009도3580 판결

232) 헌법재판소 1990.9.10. 89헌마82 결정. 인용한 부분은 간통죄 위헌여부에 관한 헌법소원 사건에서 다수의견인 합헌의견에 대한 한 재판관의 반대의견 부분이다. 강조는 인용자.

233) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결. 강조는 인용자.

234) 동성애가 비윤리적이라는 주장에 대한 흥미로운 윤리적 비판으로는 구승회, 「동성애의 도덕적 지위와 동성애자의 법적 지위」, 『동성애, 표현의 자유와 청소년에 관한 토론회』 자료집, 청소년보호위원회, 2003. 참조. 가령 이 발제문은 '동성애가 자연스럽지 못하므로 부도덕하다'라는 주장에 대해 "어떤 행위가 인간의 본질적 특성과 목적에 부합하기 때문에 옳은 것이며, 도덕적으로 건전한 것이라면, 인간의 본질적 특성과 인간의 목적이 무엇인지에 대해 완벽한 설명을 할 수 있을 때만, 그리고 도덕이 객관적임으로 증명할 수 있을 때만 정당화된다"면서 "선결문제 요구의 오류"라고 비판한다.

문제를 안고 있다. 결국 이 판결은 '중대장이 다수인이 왕래하는 상태에서 불특정 다수 중대원들의 양 젖꼭지를 비틀거나 잡아당기고 손등으로 성기를 때린' 성폭력 사건에 대해 "피해자들이 성적 수치심을 느꼈다거나 이러한 행위가 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 것이라고 볼 수 없다"라면서 무죄를 인정한다. 법원이 보기에 군인인 동성 연인이 휴가 중 집에서 성적 접촉을 하는 것은 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 추한 행위(추행)가 되고[235], 중대장이 부대 안에서 계급 차이가 상당한 중대원을 대상으로 사람들이 보는 앞에서 중대원의 의사에 반해 젖꼭지를 비틀고 손등으로 성기를 때리는 성폭력은 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 추한 행위가 아니다.[236]

이러한 도덕적 접근에서 벗어나 자못 객관적이고 균형적인 시각을 보이는 듯한 판결도 있다.

> 동성애에 관하여는 이를 이성애와 같은 정상적인 성적 지향의 하나로 보아야 한다는 주장이 있는 반면 이성간의 성적 결합과 이를 기초로 한 혼인 및 가족생활을 정상적인 것으로 간주하는 전통적인 성에 대한 관념 및 시각에 비추어 이를 **사회통념상 허용되지 않는 것으로 보는 견해도 있는 점**, 동성애를 유해한 것으로 취급하여 그에 관한 정보의 생산과 유포를 규제하는 경우 성적 소수자인 동성애자들의 인격권·행복추구권에 속하는 성적 자기결정권 및 알 권리, 표현의 자유, 평등권 등 헌법상 기본권을 제한할 우려가 있다는 견해도 있으나, 또한 **동성애자가 아닌 다수의 청소년들에 있어서는 동성애에 관한 정보의 제공이 성적 자기정체성에 대한 진지한 성찰의 계기를 제공하는 것이 아니라 성적 상상이나 호기심을 불필요하게 부추기거나 조장하는 부작용을 야기하여 인격형성에 지장을 초래할 우려 역시 부정할 수 없다 할 것**인 점[237]

이 판결은 이른바 엑스존 사건의 판결문이다. 청소년보호위원회는 당시 청소년보호법 시행령 제7조에 청소년유해매체물 심의기준으로 "수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증 등 변태성 성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것"이 규정됨에 따라 동성애자 인터넷 커뮤니티인 엑스존을 청소년 유해매체물로 고시하였다. 이러한 정보통신상 검열에 대해 성소

---

235) 실제로 1999년 부대 보일러실에서 항문성교를 하고 함께 휴가를 나가 한 사람의 집에서 구강성교를 한 군인 둘 모두가 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄 선고를 받은 사건이 확인된 바 있다.

236) 이 대법원 판결에 대한 자세한 비판으로는 정정훈, 「군형법상 추행죄에 대한 축소해석의 위헌적 결과- 2008. 5. 25. 선고 대법원 2008도2222 판결의 문제점」, 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔~ 프로젝트 모둠자료집』 참조.

237) 대법원 2007. 6.14. 선고 2004두619 판결. 강조는 인용자.

수자들은 '동성애자차별반대공동행동'을 꾸리고 대응에 나섰고[238], 엑스존 운영자는 2002년 유해매체물 결정 및 고시처분의 무효를 구하는 행정소송을 제기했다.[239] 법원은 고시처분이 무효사유라고 보기 어렵다고 보고 위와 같이 2007년 대법원 판결로 확정됐다.

이 판결은, '이성애를 정상으로 보는 관점에서 동성애가 사회통념상 허용되지 않는다는 견해가 있다'는 간접화법을 구사한다. 그러나 엄연히 성적 지향을 이유로 한 배제, 구별, 불이익한 대우를 차별행위로 규정하고 있는 국가인권위원회법이 있고, 이성애를 정상으로 보는 관점은 그 자체가 이미 차별적이고 인권침해를 내포하는 위헌적인 것이며, 논리적으로도 성적 지향은 허용의 대상이 될 수가 없다는 점에서 판결문에 인용할 수 있는 말은 아니다. 한편 그 다음, 대법원은 동성애에 관한 정보가 '동성애자가 아닌 다수의 청소년들에게 성적 상상이나 호기심을 부추기거나 조장하는 부작용을 야기하여 인격 형성에 지장을 초래할 우려'가 있다고 판시한다. 백번 양보해서 '이성애 음란물과 같이 동성애 음란물도 그러하다'라는 판단을 내렸다면 일정 정도 수긍할 수 있겠다. 그러나 '동성애에 관한 정보'가 그러한가? 이성애에 관한 정보는 이성애자가 아닌 '소수'의 청소년들에게 성적 상상이나 호기심을 불필요하게 부추기거나 조장하는가? 동성애에 대해 정보를 제공하는 이 글을 동성애자가 아닌 다수의 청소년들이 읽으면서 과연 성적 상상을 불필요하게 조장하겠는가? 결국 우리가 확인하는 것은, 대법원이 비합리적인 호모포비아를 아무런 성찰이나 논리적 검토도 없이 받아들이고 있고, 그러한 호모포비아를 최고 사법기관에서 공문서로 대규모 유포시키고 있다는 점이다.

우리는 최근의 대법원 판결들에서조차 호모포비아와 동성애에 대한 비합리적인 윤리적, 도덕적 평가들을 발견해야 한다. 성소수자에 대한 차별을 방지하는 법률의 거의 없는 상황에서, 그나마 존재하는 국가인권위원회법과 정면으로 배치되는 판결을 내리고 있는 법원은 안타깝게도 성소수자에게 국민의 인권을 보호하는 기관이 되지 못하고 있다. 이러한 현실 속에서 우리는 되물을 수밖에 없다. 지금 성소수자에게 있어 법은 도대체 어떤 의미를 가지고 있는가? 성소수자에게 법은 어떤 의미를 가질 수 있고 어떤 의미를 가져야 하는가?

---

238) 국가인권위원회는 한국여성성적소수자인권운동모임 끼리끼리(한국레즈비언상담소의 전신)와 동성애자인권연대가 청소년보호법 시행령상 유해매체물 심의기준의 동성애 항목이 동성애자의 정보접근을 차단하고 인권을 침해하고 있다며 진정한 사건에 대해 해당 조항이 행복추구권, 평등권, 표현의 자유 등을 침해한다면서 청소년보호위원회 위원장에게 '동성애' 항목을 삭제하는 것으로 청소년보호법 시행령을 개정할 것을 권고하였다. 국가인권위원회 2003. 3. 31. 2002진차80・ 2002진차130(병합) 결정. 정부는 이를 받아들여 2004년 유해매체물 심의기준에서 동성애 항목을 삭제하였다.

239) 당시 행정처분에 대한 취소소송의 제소기간(소를 제기할 수 있는 기간)을 경과하여, 제소기간의 제한이 없으나 판단에 있어서는 매우 엄격한 무효소송을 제기하게 되었다.

Ⅳ. 성소수자와 관련한 법적 이슈들

마지막으로 우리는 성소수자와 관련된 주요 법적 이슈들을 살펴보려고 한다. 대부분은 성소수자 운동이 적극적으로 개입해온 이슈들이고 앞으로도 계속해서 문제될 여지가 많은 부분들이다. 세부적인 내용이나 사건은 앞에서 설명한 경우가 많다. 여기서는 큰 줄기들을 주로 살펴보게 될 것이다.

1. 차별금지법

한국 사회에서 인권을 전면으로 내세운 법으로 국가인권위원회법이 있지만, 이 법은 국가인권위원회를 어떻게 조직하고 구성하고 운영할 것인지, 또 어떤 업무를 담당하고 어떤 권한을 가지는지를 담은 '조직법'의 성격이 강하다. 따라서 인권법다운 체제를 갖추기 위해서는 이런 조직법에 더해 실질적으로 어떠한 행위가 차별이고 인권침해인지를 밝히고 규율할 수 있는 실체적인 법이 필요하다. 이러한 역할을 할 수 있는 법이 '차별금지법'이다.

국가인권위원회는 차별금지법을 제정하기 위해 2003년부터 차별금지법 권고법안 작성 작업을 벌였다. 차별금지법제정추진위원회(2003. 1. ~ 2004. 7.), 차별금지법검토팀(2005. 5. ~ 2005. 9.), 차별금지법제정특별위원회(2005. 10. ~ 2006. 7.)를 중심으로 법안 작업을 진행하였다.[240] 국가인권위원회는 이런 과정을 거쳐 차별금지법 권고법안을 마련했다. 이 권고법안은, 비록 트랜스젠더에 대한 차별에 대해 명확한 규정은 하지 못했지만, 성별, 장애, 병력, 성적지향, 학력 등 20개의 금지대상 차별사유 및 고용 등 네 가지 금지대상 차별영역을 규정하였고, 국가인권위원회가 시정명령 및 이행강제금을 부과할 수 있도록 하여 실질적인 차별구제기관으로서의 면모를 갖추게 하였고, 징벌적 손해배상제도와 유사한 손해배상 규정[241]을 비롯해 실효성 있는 차별방지 및 구제책을 마련하였고, 차별분쟁에 있어서 차별을 받았다고 주장하는 사람이 차별을 증명해야 내야 하는 것이 아니라 그 상대방이 차별하지 않았음을 증명해야 하도록 '입증책임의 전환'을 명시하는 등 어느 정도 인권법다운 체계와 내용을 담았다.

---

240) 국가인권위원회 2006. 7. 24. 차별금지법 입법추진 권고 전원위원회 결정 참조.

241) 차별방지 등 차별금지의 실효성을 확보하기 위해 차별행위자가 악의적으로 차별행위를 한 경우 차별받은 자가 받은 손해의 수배를 배상하도록 하도록 한 규정이다. 징벌적 손해배상(punative damages)이란 영미법계에서 발달한 불법행위에 대한 손해배상 법리로서, 보통 가해자가 악의적이거나 반사회적이라고 평가될 만한 불법행위를 저질렀을 때 피해자가 입은 손해보다 큰 규모로 배상하도록 하는 제도이다. 톰 행크스가 주연한 영화 <필라델피아>를 보면 쉽게 이해가 되는데, 이 영화에서는 동성애자이자 HIV 감염인이라는 이유로 주인공을 교묘하게 부당 해고한 회사에 대해 배심원들이 징벌적 손해배상을 평결하는 장면을 볼 수 있다.

정부는 이 권고에 따라 2007년 4월부터 차별금지법제정TFT를 운영하여 정부안 마련에 착수하였고, 2007년 10월 차별금지법안을 입법예고하였다. 입법예고된 차별금지법안은 국가인권위원회의 법안에 비해 상당히 후퇴한 모습을 보였다. 실질적인 구제조치에 관한 규정을 완전히 삭제하였고 징벌적 손해배상제도도 없애는 등 차별금지법의 실효성을 대폭 축소했다.

가장 큰 문제는 법무부가 최종법안을 마련하면서 차별금지대상 항목 중 성적 지향, 학력, 가족형태 등 7가지를 삭제한 것이었다. 특히 성적 지향을 삭제한 것은 기독교 근본주의 세력의 비합리적고 비상식적인 공세에 굴복한 것이었다. 이들은 차별금지법을 '동성애 허용법안'이라고 부르고, '동성애를 차별할 수 없다면 종교 교육을 어떻게 하느냐', '에이즈가 확산 된다', '동성애 때문에 출산율이 떨어진다', '며느리가 남자라니 웬 말이냐', '국가인권위는 북한인권 외면하면서 동성애를 조장하느냐'라는 등의 모욕적이고 비인간적이며 비논리적인 유치하기 짝이 없는 주장을 내세웠다. 뿐만 아니라 세속 국가의 입법과 정책에 편협한 근본주의적 종교 교리를 전면에 내세워 차별을 선동하고 인권의 정신에 정면으로 반하는 모습을 보였다. 이들보다 더 큰 문제는, 비참하고 놀랍게도 이러한 비상식적인 막무가내를 법무부가 받아들였다는 것이다.

성소수자들은, 성소수자의 인간 존엄성을 극심하게 손상시키고 성소수자의 존재 자체를 부정하고 지워버리려는 이러한 시도에 대해 유례없이 대규모로 저항했다. 인권운동계와 여성계, 학계, 법조계에서도 크게 반발하면서 차별금지법을 그 정신에 맞게 올바르게 제정할 것을 요구했다. 이에 맞춰 <차별금지법 대응 및 성소수자 혐오, 차별 저지를 위한 긴급 공동행동>이 꾸려져 거리 시위, 릴레이 1인 시위와 광범위한 온라인/오프라인 캠페인, 서명운동 등이 벌어졌다. 또한 새로운 법안으로서 차별금지 대상으로 법무부가 삭제한 7가지 항목뿐만 아니라 트랜스젠더와 관련한 '성별정체성'이라는 항목까지 포함한 차별금지법안을 노회찬 의원의 대표발의로 국회에 제출하였다.[242]

2007년 10월부터 2008년까지 이어진 치열한 싸움 끝에 결국 차별금지법안은 국회 회기만료로 폐기되었다. 그러나 아직 싸움이 끝난 것은 아니다. 2007년의 이 사건으로 인해 성소수자 사이에서는 차별금지법이 필요하다는 절실한 공감대가 더욱 확산되었고, 차별금지법을 올바르게 제정하기 위한 노력은 계속되고 있다. 특히 차별금

242) 차별금지법의 경과와 올바른 차별금지법 제정을 위한 성소수자들의 투쟁에 대해서는, 성소수자 차별반대 무지개행동 편, 『우리는 지금 미래를 만들고 있습니다』, 사람생각, 2008. 참조. 이 책은 <성소수자 차별반대 무지개행동>의 전신인 <차별금지법 대응 및 성소수자 혐오, 차별 저지를 위한 긴급 공동행동>의 적극적이고 유쾌한 활동상과 국제적 연대활동, 그리고 차별금지법과 관련한 다양한 자료를 담고 있다. <성소수자 차별반대 무지개행동> 홈페이지에서도 여러 자료들을 찾아볼 수 있다. (http://lgbtact.org)

지법 투쟁 과정에서 만들어진 <반차별 공동행동>, 그리고 <차별금지법 대응 및 성소수자 혐오, 차별 저지를 위한 긴급 공동행동>이 발전적으로 전환된 <성소수자 차별반대 무지개행동>은 계속해서 반차별과 인권의 관점에 충실한 차별금지법을 만들기 위해 노력하고 있다.

2. 트랜스젠더 성별정정[243]제도

트랜스젠더의 공부(公簿)상의 성별정정을 가능하게 하는 방식으로는 ① 판례에 의한 방식 ② 특별법에 의한 방식 ③ 민법 등 신분등록제도를 규정하고 있는 법에 관련 조항을 규정하는 방식 ④ 행정권한으로 성별정정을 인정하는 방식 등이 있는 것으로 알려져 있다.[244] 앞서 살펴본 것처럼 우리나라는 법원이 정한 일정한 요건을 갖출 경우 법원의 결정을 거쳐 성별을 정정할 수 있다. 그러나 성문법 국가의 특성상 사법부로서는 관련 법률이 없는 이상 한계를 안고 있을 수밖에 없다. 따라서 트랜스젠더의 현실에 맞고 간명한 절차를 마련하기 위해서 트랜스젠더의 성별정정에 관한 법률조항이 현실적으로 필요하다.

한국에서 성별정정과 관련한 특별법 제정 추진은 두 차례에 걸쳐 있었다. 첫 번째는 김홍신 의원이 대표발의하여 이른바 '김홍신 법안'이라고 불리던 「성전환자의 성별변경에 관한 특례법안」(16대 국회, 2002. 11. 4. 발의), 두 번째로는 <성전환자 성별변경 관련법 제정을 위한 공동연대>가 마련하고 노회찬 의원이 대표발의한 「성전환자의 성별변경 등에 관한 특별법안」(17대 국회, 2006. 10. 12. 발의)이 국회에 제출된 바 있다. '김홍신 법안'보다 진일보했다고 평가받는 두 번째 법안의 경우 성별변경요건을 현재의 대법원 예규보다 완화하여 규정하고 있고, 비밀누설금지 조항 등 사생활 보호 조항이 포함되어 있다. 그러나 두 법안 모두 회기만료로 폐기되어 현재에도 법원에 성별정정을 의존하고 있는 상황이다.

이런 상황에서 대법원 예규 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」은 성전환자 성별정정 요건을 불필요하게 엄격하게 규정하고 있어 문제가 되고

243) 트랜스젠더의 공부상의 성별을 변경하는 것에 대해 '정정'이라고 할 것인지, 아니면 '확정' 또는 '변경'이라고 할 것인지에 대해서도 용어 사용상의 고민이 있다. 각각 장단점이 있는데, 이 글에서는 '정정'이라는 표현을 사용하였다. 이에 대한 입법적 검토로는 윤현식, 「성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 해설」, 『성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회』 자료집, 성전환자 성별변경 관련법 제정을 위한 공동연대 · 민주노동당 노회찬의원실, 2006, 7-8쪽 참조. 이 자료는 <성전환자 성별변경 관련법 제정을 위한 공동연대>가 사용하던 인터넷 카페(http://cafe.daum.net/kdlpsmc)의 일반자료실에서 내려받을 수 있다.

244) 해외의 입법례에 대해서는 「성전환자 성별변경법 제정 공동연대(준) 법 제정 방향 설명회」 자료집, 성전환자 성별변경법 제정 공동연대(준), 2006. 3. 4. 12-13쪽 참조. <성전환자 성별변경법 제정 공동연대(준)>은 공식적으로 출범하면서 <성전환자 성별변경 관련법 제정을 위한 공동연대>라는 이름으로 변경하였다. 이 자료 역시 위의 카페(http://cafe.daum.net/kdlpsmc) 일반자료실에서 내려받을 수 있다. 위의 『성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회』 자료집 19-20쪽에도 인용되어 있다.

있다. 특히 만 20세 이상의 행위능력자만을 허가대상으로 삼아 미성년자의 경우 법정대리인의 동의가 있더라도 성별정정이 원칙적으로 불가능하고, 이렇게 성년일 것을 요구하면서도 부모의 동의서를 요구하고 있으며, 외부성기에 대한 외관요건이 있어 높은 수술비용과 수술의 큰 위험성을 감수하도록 하고 있고, 혼인 상태에 있지 않는 정도로도 족할 텐데 혼인한 사실 자체가 없어야 하고, 무자녀 요건도 규정하고 있다. 이러한 요건은 외국의 요건에 비해 매우 엄격한 것으로 트랜스젠더 성별정정에 장애가 되고 있는 현실이다. 입법적으로 이러한 문제들이 해결되는 것이 가장 무난하겠지만 입법적 움직임이 없는 현재 상황에서는 트랜스젠더의 현실에 맞게 법원의 판단기준을 완화할 필요성이 절실하다.

3. 군대와 군형법

국민 개병제의 현실 속에서 게이들은 군대에 징집된다. 불필요할 정도로 '바깥'과 차단된 생활, 많은 사람들이 한 내무실에 있어야 하는, 사생활이라고는 보장되지 않는 공간, 개인별로 분리되어 있지 않은 침상 등의 환경 속에서 게이뿐만 아니라 모든 사람들은 사실상 입대 순간부터 인권침해의 위험에 노출된다. 그 속에서 게이들은 자신의 '다름'으로 인해 더욱 큰 위험에 노출된다. 게이들 대다수가 군대에 가야 한다는 점에서 대규모로 차별이 국가에 의해 자행되는 것이고, 군대의 낙후된 수준은 피해 정도를 심각하게 한다. 이런 점 때문에 군대는 성소수자 인권의 중요 이슈 중의 하나이다.

성소수자와 관련한 군대 이슈로는 ① 동성애자의 군 입대를 허용할 수 있는지, ② 군대 내에서 성소수자는 어떠한 차별을 받는지, ③ 성소수자에 대한 군대 정책의 문제점은 무엇인지, ④ 구 군형법 제92조 '계간' 조항이 어떠한 문제가 있는지 등이 언급된다. 한국이 국민 개병제를 채택하고 있고 동성애자라는 이유로 병역 면제나 전역 조치를 하고 있지 않는 상황에서 '동성애자 군 입대 허용' 문제는 외국에서처럼 큰 문제가 되지는 않는다. 결론적으로 말하면 동성애자의 군 입대를 허용한다 해도 아무런 문제가 없다는 것이 많은 나라의 실증적 결론이다. 동성애자의 군복무가 허용되고 군대 내에서 이들에 대한 차별을 금지하고 있는 영국, 호주, 캐나다, 이스라엘 등의 국가적 연구결과에 따르면, 동성애자의 군 복무는 모병, 결속력, 기강, 성폭력 발생률, 사기, 작전수행 능력 등에 아무런 영향을 미치지 않는다는 것이 확인된 바 있다.[245] 이어서 나머지 문제들을 살펴본다.

---

245) 「주요 국가 군대에서의 동성애자 정책」, 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔~ 프로젝트 모둠자료집』 ; 국방부 인권팀, 『병영내 동성애자 관리정책에 대한 연구-외국 사례 분석을 중심으로-』, 2007. 등을 참조.

(1) 군대 내 게이들이 겪는 차별과 위험

성별정정을 하지 않은/못한 MTF 트랜스젠더나 성별정정을 하면서 징병대상자가 된 FTM 트랜스젠더의 경우 징병신체검사 과정에서 병역 면제 판정을 받는 경우가 많다. 한편 군대에서 레즈비언이 겪는 차별 등의 문제는 거의 알려진 바가 없다. 주로 문제가 되는 것은 게이의 경우이다.

게이들 중 많은 수가 '무탈하게', 또 어떤 경우는 흥미롭게도 '로맨스' 등을 즐기며 병역을 마치기도 하지만, 직간접적인 차별이나 인권침해의 상황에 놓이는 경우도 상당하다. 우리 군대는 '남성성'을 지나치게 강요하고, 동성집단으로서의 동질성을 확인하는 의례를 일상적으로 수행한다. 또한 입대일 하루 차이조차도 위계를 만들어내는 구조 속에서 권력과 위계의 폭력성은 두드러질 수밖에 없다.

이런 환경 속에서 게이들은 스스로의 정체성이 드러나서는 안 된다는 두려움에 사로잡힌다. 게이로서의 젠더 정체성을 표현하는 것은 불가능에 가깝다. 많은 경우에는 게이 정체성을 드러내지 않으면서 자신이 동원할 수 있는 유무형의 자원을 동원해 타협하고 교섭하고 가장하면서 '남성 집단' 생활방식의 어려움을 돌파해 나간다. 그러나 규범적인 남성 젠더의 모습을 충분하게 구현하지 못하거나 게이라는 사실이 알려지는 경우, 그는 이상한 사람, '남자답지' 못한 자, 그래서 남성의 집단적 자존심을 해하는 자, 결국은 '부적응자'로 재현되기 쉽다. 이에 따라 그는 커다란 어려움에 직면하게 된다. 아우팅, 집단 따돌림, 욕설 등 폭언, 폭행, 성폭력, 관심병사 지정 등의 '특별관리' 등 폭력에 노출되는 양상은 매우 다양하게 나타난다. 폐쇄 정신병동 입원 조치, HIV/AIDS 검사를 위한 강제채혈, 동성애자 입증을 위한 성관계 사진 또는 동영상 요구 등의 사건도 벌어져 물의를 일으킨 경우도 있었다.[246]

더욱 심각한 것은 한국 군대 자체가 '특정 목적을 위한 자유와 권리의 제한'을 넘어 인권침해의 수준으로 병사들을 규제한다는 점이다. 사생활이 존재하지 않고 외부와의 접촉은 엄격하게 통제됨으로써 성소수자는 차별에 대한 완충장치 없이 부대 내에 고립된다. 결국 이렇게 폐쇄적이고 위협이 상존하는 환경 속에서 게이들이 고립감, 무력감, 분노, 우울증, 외상후스트레스증후군, 탈영 시도, 자해 및 자살 시도 등의 위험 등을 겪는다는 것이 실제로 확인되고 있다.[247]

(2) '부대관리훈령'의 문제점

---

246) 군대에서 일어난 차별사건에 대해서는 『군대 내 동성애자 차별 철폐 토론회 : 금기와 침묵을 넘어 동성애자 차별의 성역 '군대'를 말한다』 자료집, 군대 내 동성애자 인권침해 사건 진상조사단(준)· 최순영 국회의원실 공동주최, 2006. ; 앞의 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔~ 프로젝트 모둠자료집』 등을 참조.

247) 이러한 여러 가지 문제 때문에 <군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크>는 입대 전의 게이들에게 도움이 되고자 「군 입대를 앞둔 이반들이 궁금해 하는 10가지 질문들」이라는 리플릿을 만들어 전국에 배포하고, 인터넷 상으로도 제공하고 있다. (http://gunivan.net)

‘부대관리훈령’은 동성애자 병사를 관리하기 위한 여러 기준을 규정하고 있다. 차별을 금지하고, 아우팅을 제한하고, 지휘관 등에게 인권침해 방지를 요구하고, 성소수자 관련 인권교육을 할 것을 규정하고, 신상비밀을 지킬 것을 명하고 있다. 이러한 내용은 동성애자 병사에 대해 심각한 인권침해가 자행되던 과거에 대해 진일보한 것으로 평가된다. 특히 앞서 살펴본 것처럼 동성애자 병사에 대한 인권침해 사건이 사회적으로 불거지자 급조된 <병영 내 동성애자 관리지침>[248]이 가지고 있는 인권침해적 요소(가령 “이성애자로 전환 희망시 적극 지원”)도 많이 제거되었다고 보인다.

그러나 문제는 근본적으로 이 훈령이 <병영 내 동성애자 관리지침>이 가지고 있는 한계를 노정하고 있다는 것이다. 먼저 이 훈령의 기본 시각은 인권보장이 아니라 ‘관리’에 있다. 동성애자와 관련된 내용이 ‘부대관리’라는 이름으로 묶이면서 군대 내 동성애자는 관리의 대상이 된다. 특히 훈령의 체계 속에서도 ‘제4편 사고예방’에 동성애자 복무 관련 조항들이 들어간 것에서 보듯이 동성애자는 그야말로 사고의 위험성 높은 대상이 된다. ‘보호 및 관심병사’로 지정되는 점도 인권침해와 아우팅 위험의 요소를 가지고 있다.[249]

두 번째로 이 훈령은 동성애자에 대한 편견에 기초해 있다. 특히 “동성애자 병사의 병영내에서의 모든 성적행위는 금지된다”(제236조 제2항)는 규정은 동성애자를 군대 내 성폭력의 가해자로 재현한다. 그렇다면, 이성애자 병사의 병영 내에서의 성적 행위는 금지되지 않는가? 조항 자체가 차별적이지 않을 수 없다. 군대 내에서 발생한 성폭력의 경우 이성애자의 가해가 대부분이라고 알려진 반면, 동성애자의 피해 사례는 계속해서 보고되고 있다. 실제로 국내외 연구, 남성간 성폭력 연구에 의해서도 이성애자의 가해가 두드러지게 나타난다.[250] 그럼에도 훈령이 이렇게 파악하는 이유는 성폭력이 성을 매개로 하여 타인에게 폭력을 저지르는 일이라는 것을 간과한 채, 단지 ‘성적 만족’만을 위한 것으로 여기는 잘못된 시선에 기초하고 있기 때문이다.[251] 성폭력은 부대관리훈령의 성군기와 관련한 부분에 이미 규정되어 있으므로, 굳이 동성애자와 성을 연결시키는 조항을 넣을 필요는 없다. 결국 이러한 문제점들

---

248) 이 지침의 내용과 이에 대한 비판으로는, 오가람, 「병영 내 동성애자 관리지침의 비판적 검토 및 올바른 개정방향에 대한 제언」, 위의 『군 관련 성소수자 인권증진을 위한 무지갯빛 인권바람! 군대에서 솔솔~ 프로젝트 모둠자료집』 참조.

249) 관심병사는 보호나 지원의 대상이 되기는커녕 오히려 “비밀보장이 전혀 되고 있지 않아” “낙인찍힌”다. 보호 및 관심 병사 제도의 문제점에 대해서는 안현의 외, 『군복무 부적응자 인권상황 실태조사』(국가인권위원회 인권상황 실태조사 연구용역보고서), 국가인권위원회, 2006. 참조.

250) 한국 군대 내에서의 동성간 성폭력 및 해외의 연구 사례에 대해서는, 한국성폭력상담소, 『군대 내 성폭력 실태 조사』(국가인권위원회 인권상황실태 연구용역보고서), 국가인권위원회, 2004. 참조.

251) 남성간 성폭력에 대한 인식 분석으로는 오가람, 「게이를 둘러싼 성폭력의 문제들」, 『2008 LGBT 인권포럼』 자료집, 성소수자 차별반대 무지개행동, 2008. 참조. 이 자료집은 <무지개행동>의 홈페이지(http:/lgbtact.org) 자료실에서 내려받을 수 있다.

때문에 겉으로는 훌륭한 인권보장 규정이 있는 것 같지만 실제로는 거의 적용되지 않고 오히려 동성애자에 대한 편견과 감시를 강화할 위험성이 크다.

부대관리훈령의 동성애자 관련 부분은 궁극적으로는 '동성애자 인권보장 및 차별방지를 위한 훈령' 등으로 시각을 바꾸어서 개정되어야 한다고 본다. 이러한 부분에 대해서 <군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크>는 지속적인 활동을 벌이고 있다.[252]

(3) 구 군형법 제92조의 위헌성

사랑하는 사람이 아무도 몰래 둘이 성적 접촉을 가졌는데, 그것을 계간(항문성교를 비하는 말) 또는 추행이라고 하면서 징역형을 내릴 수 있을까? '그런 법이 어디 있나' 하겠지만, 우리 구 군형법 제92조와 2010년 2월 3일부터 시행된 현행 군형법 제92조의5는 그렇게 규정하고 있다. 구 군형법 제92조는 1962년 군형법이 제정될 당시부터 존재한 조항으로, "계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다."라고 규정되어 있는 조항이다. 현행 군형법 제92조의5는 "계간이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다."라며 법정형을 더욱 올려놓고 있다.

구 군형법 제92조는 끊임없이 위헌성 논란에 휩싸여 왔다.[253] 이미 2002년에도 위헌소원[254]이 있었다. 여기서 다수의견은 '추행'의 의미가 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하고 벌금형 없이 징역형으로만 규율하는 것도 과잉금지원칙에 위배되지 않는다면서 합헌이라고 판시했다. 반면 반대의견은 '추행'의 주체가 누구인지, 그 대상은 누구를 말하는 것인지, 강제성이 있어야 하는지 등을 규정하고 있지 않아 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되며, 합의에 의한 경우를 고려하였을 경우(다수의견은 이를 전혀 고려하지 않았다) 징역형으로만 규율하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 보았다. 실제로 일과시간 외의 시간에 은밀한 곳에서 한 차

252) 이 '네트워크'는 성소수자 단체, 변호사, 여성학자, 정신의학자 등으로 구성된 네트워크이다. 사무국은 동성애자인권연대와 한국게이인권운동단체 친구사이가 공동으로 맡고 있다. 한편 <군 관련 성소수자 인권침해, 차별 신고 및 지원을 위한 네트워크>는 훈령이 담지 못하고 있는 구체적이고 실질적인 내용을 담아 지휘관들을 위해 『군대 내 성소수자 인권을 위한 병영 지침서』(2008년)를 제작해 일선 부대에 발송을 계속하고 있다.

253) 국가인권위원회 역시 <국가인권정책기본방향 권고안>에서 이 조항이 동성애에 대해 편견을 내포하고 있다면서 개정되어야 한다고 지적한 바 있다. 이 <권고안>에서는 특히 '계간'이라는 말을 문제삼았다. '계간'이라는 말은 그 자체가 동성애를 비하하는 용어로서 편견을 내포하고 있고 평등권 침해의 소지도 있을뿐더러 일반 국민들이 사용하는 법률 용어로도 어울리지 않는 생소하면서도 상스러운 말이다. 과거에 법이 성매매를 '윤락', 즉 타락에 빠지는 것이라 규정하고 성매매 여성을 '윤락녀'라고 부르던 관행이 법개정 이후 상당히 사라진 것처럼 법률 용어의 선택은 중요한 의미가 있다. 그래서 입법자는 용어를 선택하는 데에도 매우 세심한 주의가 필요하다. 그럼에도 최근 있었던 개정 군형법은 이러한 계속된 지적을 전혀 받아들이지 않았다. '계간'이라는 말은 그대로 놔두면서 용어를 쉽게 바꾼다면서 '기타 추행을 한 자' 부분만을 '그 밖의 추행을 한 사람'으로 고친 것은 당혹스럽고, 실소를 자아낸다.

254) 헌법재판소 2002. 6. 27. 2001헌바70 결정

례 성접촉을 가지고 휴가를 나와 집에서 성접촉을 가진 경우까지 유죄판결이 나오는 실정에서, 헌법재판소의 합헌의견은 커다란 비판을 받았다.

이런 상황에서 2008년 군사법원은 구 군형법 제92조가 적용된 사건에 대해 직권으로 위헌법률심판제청을 결정해 주목을 받았다.[255] 군사법원은 결정문에서, 이 조항이 강제성 여부나 행위자들 사이의 관계나 행위 장소에 대해 아무런 규정을 하고 있지 않고, 주체나 상대방에 대한 불명확성(가령 이성간이나 여성간에도 적용되는가?)이 있다면서 명확성의 원칙에 반한다고 판단하였고, 과잉금지원칙에도 위배되며, 동성애자 병사의 평등권 및 성적 자기결정권을 침해하고, 사생활의 자유를 침해한다고 지적했다. 이러한 내용은 사실상 성소수자들이 주장해온 내용이 거의 담겨있는 것으로서, 지난 헌법재판에서 다루어지지 않은 여러 문제들이 다루어질 것으로 기대된다. 이러한 부분까지 판단할 경우 위헌이 아니라고 논하기가 매우 어려워, 헌법재판소의 판단이 주목된다.

한편 근 50년 만에 개정된 군형법상 추행죄는 위헌 소지를 더욱 크게 하고 있다. 군형법은 개정되면서 강제적인 성폭력을 규율하는 조항을 신실하였고, 이에 따라 남성간 성폭력을 포함한 군대 내의 성폭력을 군형법으로 처벌할 수 있도록 하였다. 그런데 의아하게도 '계간 조항'은 그대로 놔두고 오히려 법정형을 두 배로 늘렸다. 뿐만 아니라 강제적인 성폭력은 친고죄로 해 놓고서는 '계간 조항'은 비친고죄로 명확하게 규정해 놓았다. 이는 합의에 의한 동성간 성관계를 적발하고 엄격하게, 징역형으로만 처벌하겠다는 것으로 위헌의 소지가 매우 크고 실제 군대 내 동성애자들에게 악영향을 미칠 것으로 보인다. 동성애 처벌 및 차별적 법률은, 실제로 적용되지 않는다 하더라도 그 존재만으로 동성애 혐오의 문화를 조장하고 동성애자들로 하여금 스스로를 숨기게 하기 때문이다.[256] 성소수자들은 이 개정법에 대해서도 비판을 제기하면서 이 조항 역시 위헌판단을 받아야 한다며 싸우고 있다.

4. 가족구성권

결혼이라는 것은 과연 무엇일까? 결혼을 이성애자가 독점하는 것은 온당할까? 성별정정을 하지 않은/못한 트랜스젠더가 포함된 파트너 관계, 또는 동성애자의 파트너 관계는 아무런 제도적 보호를 받지 않아도 괜찮을까? 이것은 정말 큰 차별이 아닐까? 또 커플 중심의 현재 가족 구성 제도는 올바를까? 공동체 가족들은 배제되고 있지 않은가? 또 성적 지향과 상관없이 비혼으로 살아가는 많은 사람들, 실질적으

255) 육군 제22사단 보통군사법원 2008. 8. 6. 2008고10사건에 대한 위헌법률심판제청결정.

256) Douglas Sanders, *HUMAN RIGHTS AND SEXUAL ORIENTATION IN INTERNATIONAL LAW*, May 16, 2007(이 글은 ILGA 홈페이지 http://www.ilga.org에 게시되어 있다.) 군대 내 성소수자 인권증진 프로젝트팀, 「우리나라 군대는 동성애자를 어떻게 바라보는가」, 『군대와 게이, 불편한 관계 속에서 인권의 길을 찾다』 토론회 자료집, 12쪽에서 재인용.

로 비혼인 상태로 평생을 살아가는 동성애자들에게 가족제도는 어떤 의미를 가질까?

성소수자들은 지속적으로 가족구성권이라는 이름으로 차별에 문제제기해 왔다.[257] 성소수자들은 일상적으로 가족제도에서 배제됨으로써 발생하는 차별을 경험한다. 파트너와 같이 재산을 모았지만 관계를 해소하게 되는 경우 재산분할을 받지 못해 커다란 경제적인 어려움을 겪기도 하고, 법정 상속에서는 당연히 배제되고, 병원에 수술동의서 한 장 쓰지도 못하고 의료접견권도 인정받기 힘들며, 국제 커플인 경우 한 쪽이 정년퇴임으로 취업비자를 더 이상 받을 수 없다면 생이별을 해야 한다. 그밖에도 금전적인 부분에서부터 가족관계등록부상 신분과 관련된 영역 등 다양한 차별을 경험한다.[258] 모두 성소수자의 가족구성권 자체가 부정되고 있는 현실에서 발생하는 일이다.

법원 역시도 동성 커플에 대해 사실혼과 같은 보호를 국가가 제공할 수 없다고 본다.

> 혼인제도가 역사적으로 형성되어 온 배경과 우리 헌법 및 민법이 예정하고 있는 혼인제도를 감안하면 혼인의 당사자는 남녀 간을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이고, 비록 혼인제도의 의미가 만고불변의 진리는 아니고 시대의 윤리나 도덕관념의 변화에 따라 변화할 수는 있으나 현재 **우리 사회의 혼인 및 가족관념에 의하면 혼인이라 함은 일부일처제를 전제로 하는 남녀의 정신적·육체적 결합을 의미**하고, 아직 그 의미에 있어서 변화를 찾을 수 없다고 할 것이다.
>
> (중략) 동성간에 사실혼 유사의 동거관계를 유지하여 왔다고 하더라도 그 의사를 부부로서의 공동생활을 영위할 의사였다고 보기는 어렵고, 또한 이러한 동거관계는 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 **사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것이어서, 동성간에 사실혼 유사의 동거관계를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다고 봄이 상당하다.**[259]

2004년 법원은 위와 같이 동성 파트너 관계의 부당한 파기에 대한 재산분할 및

---

257) 가족구성권의 관점에서 차별과 법적 문제들, 정책적 대안에 대해 체계적으로 접근한 내용에 대해서는 조여울 연구책임, 『국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적 소수자 인권 기초현황조사』, 국가인권위원회, 2005. ; 한국게이인권운동단체 친구사이 편, 『동성애자 가족구성권 자료집』, 도서출판 해울, 2006. 참조. 뒤의 자료집은 한국게이인권운동단체 친구사이 홈페이지(http://chingusai.net)에서 내려받을 수 있다. 공익변호사그룹 공감 장서연 변호사의 작년 '인권법 캠프' 자료집에 실린 글들도 이해하는 데 많은 도움이 된다. 장서연, 「동성 커플의 가족구성권 이야기」, 『제2회 공감 인권법 캠프』 자료집, 아름다운재단 공익변호사그룹 공감, 2009.

258) 한국게이인권운동단체 친구사이 편, 위의 자료집의 「1부 동성애자 가족의 현재」에 수록된 실제 사례들이다.

259) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결.

위자료 청구를 기각했다. 사실혼이 법률상 신고가 없을 뿐 실질적으로 파트너로서 공동생활관계를 유지, 영위한다는 점에서 보호하는 대상이 되고 있는 법원의 태도에 비추어, 동성 파트너 역시 법률상 신고를 '못할' 뿐이므로 법적인 보호는 충분히 가능하다고 본다. 그러나 동성 커플을 제도적으로 보호할 수 있는 법과 제도가 존재하지 않는 것이 근본적인 문제이다.

잘 알려진 바와 같이 해외의 경우에는 동성 결혼을 인정하거나, '결혼'이라는 용어를 사용하지 못할 뿐 실질적으로는 동일한, 또는 그에 약간 못 미치지만 일정 정도의 제도적 보장을 하고 있는 파트너십 제도들이 속속 도입되고 있다.[260] 매년 새롭게 인정하는 나라들이 있어 동성 파트너 관계를 법적으로 보호하는 나라들을 표시한 지도는 매년 바뀌어야 하는 실정이다. 그러나 한국 사회에서는 이러한 논의가 시기상조라면서 자꾸만 막히고 있는 것이 현실이다. 최근에는 동성 결혼한 게이 미국 외교관이 파트너와 함께 부임한 바도 있는데[261], 우리는 이런 모습을 넋 놓고 보고만 있어야 하는 것일까?

한국에서 성소수자 가족구성권 보장을 포함하여 제도 바깥에 있는 다양한 형태의 가족에 대한 차별 해소를 위한 정책적 모임이자 실질적으로 법안을 만들려고 하고 있는 모임으로는 2006년부터 활발하게 활동을 하고 있는 <다양한 가족형태에 따른 차별 해소와 가족구성권 보장을 위한 연구모임>(가족구성권 연구모임)이 있다. 성소수자 단체와 활동가, 여성학자를 비롯한 연구자, 법률가, 정당 등이 모여 가족 정책과 해외의 법률들을 비판적으로 검토해 왔다.[262] 이러한 흐름과 함께 성소수자 가족구성권을 보장할 수 있는 제도를 아래로부터 충실히 만들어 나갈 필요가 있다.

5. 성폭력

성소수자와 관련한 성폭력의 문제는 대단히 복잡하고 접근하기가 쉽지 않다. 남성간의 성관계 자체를 성폭력으로 바라보고, 여성간의 성관계를 섹스가 아니라고 보는 사회에서, 또 게이, 레즈비언, FTM과 MTF 트랜스젠더 모두가 '남성 젠더'에 의한

260) 각 국가별 도입 현황과 그 형태에 대해서는 주72)에 제시한 보고서, 자료집 등을 참조. 그러나 변화가 많은 만큼 현황이 자주 바뀌는데, 위키피디아 영문판이 비교적 빠르게 변동 양상을 반영하고 있는 것으로 보인다. 'same-sex marriage'와 같은 검색어로 검색해 보면 다양한 논의와 전 세계적 추세를 알 수 있다.

261) 주한 미국대사관 패트릭 리네한 공보참사관은 파트너와 함께 부임 기간 동안 함께 있을 것이라고 밝혔다. 신문기사에 따르면 리네한 공보참사관 부임 파티에서는 이와 같은 일이 한국에 전례가 없어 '호칭' 등 의전 문제에 골머리를 앓았다고 한다. 「커밍아웃 동성애 외교관 의전 '골머리'」, <한국일보> 2007년 7월 2일자.

262) 이들의 1차적인 연구결과로는 『대안적 가족제도 마련을 위한 기초자료집 - 담론, 제도, 사례 연구』, 다양한 가족형태에 따른 차별 해소와 가족구성권 보장을 위한 연구모임・ 민주노동당, 2008.를 참조. 대안적 가족제도를 마련하기 위해 고민해야 할 내용들은 무엇인지, 다양한 형태를 가진 제도 바깥 가족들이 어떠한 차별을 겪는지, 구체적인 제도의 측면에서 어떤 문제가 있는지, 해외에는 어떤 입법례가 있는지 등을 종합적으로 검토하고 있어 좋은 자료가 된다.

성폭력의 위험에 매우 자주, 크게 노출되어 있는 현실 속에서, 또 성소수자가 가하는 성폭력까지를 포함해야 한다는 점에서 우리는 아주 세밀하게, 감수성을 가지고 접근해야 한다. 성폭력의 문제는, 성소수자와 관련이 되든 그렇지 않든, 언제나 선입견과 편견이 진실과 본질을 흐리기가 쉽다. 동성애자를 성폭력 가해자로 몰아가는 '전도된 공포'를 뛰어 넘어야 하고, 동시에 성소수자는 무조건 성폭력의 피해자로 인식해서도 안 된다.[263]

이에 더해 강간에 대한 사회적, 제도적 선입견 역시도 우리가 넘어서야 하는 문제이다. 강간의 구성요건으로서의 '폭행, 협박'의 수준을 지나치게 엄격하게 보고 있는 이른바 '최협의설'을 비판해야 하고, 폭력의 일종이 아니라 섹스의 일종이라고 생각하는 사고에 대응해야 하며, 질에 대한 페니스 침입만을 특화시켜 강간으로 보는 시각도 교정해야 한다. 특히 현행법상 문제가 되는 것은 강간죄의 객체를 '부녀'로 한정하고 있다는 점이다.

이에 대해서 성소수자 운동과 반성폭력 운동은 끊임없이 강간죄의 객체를 '사람'으로 바꿀 것을 요구해 왔다. 이런 조항 때문에 MTF 트랜스젠더에 대한 강간을 강제추행으로 보는 차별적인 법 적용이 일어난다.[264] 물론 최근에는 MTF 트랜스젠더에 대한 강간을 인정하는 대법원 판결이 나왔지만[265], 강간 조항이 이렇게 되어 있는 이상 구체적인 사건 양상에 따라 강간을 인정하지 않을 가능성도 상존한다. 또한 동성간 성폭력에 있어서도 그 피해의 양상과 정도와 무관하게 강제추행으로 규율하는 현실도 성소수자들이 놓인 성폭력의 현실을 덮어버리고 있다.

공교롭게도 대법원이 MTF 트랜스젠더에 대한 강간을 인정한 판결을 선고한 날, 법무부는 형법상 강간죄의 객체를 '사람'으로 바꾸는 등의 내용을 담은 '형법개정시안'을 마련했다고 밝혔다.[266] 성소수자들은 이 형법 개정을 조속히 추진할 것을 촉구하고 있다.

6. 표현의 자유

과거에는 '동성애 매체물'에 대한 표현의 자유, 성소수자 관련 정보에 대한 접근권이 주로 문제가 되었다면, 현재는 흥미롭게도 이에 더해 '성소수자 혐오 표현의 자

---

263) 게이와 레즈비언의 입장에서 성폭력을 고민한 것으로는, 오가람, 「게이를 둘러싼 성폭력의 문제들」과 현박정원(레고), 「레즈비언 경험 중심으로」『2008 LGBT 인권포럼』 자료집, 성소수자 차별반대 무지개행동, 2008.을 참조. 남성간 성폭력에 대한 일반적인 연구와 한국 군대 내의 남성간 성폭력에 대한 연구로는 위에서 언급한 한국성폭력상담소, 『군대 내 성폭력 실태 조사』를 참조. 트랜스젠더의 성폭력 피해 사례에 대해서는 『성전환자 인권실태조사』, 95-97쪽 참조.

264) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결

265) 대법원 2009.9.10. 선고 2009도3580 판결

266) 「'강간피해자 男포함' 형법개정시안 발표」, <뉴시스> 2009년 9월 10일 기사입력.

유' 문제도 제기되는 모양이다. 우리는 이런 주장에 대해서도 명확하게 답변을 해줄 필요가 있다.

성소수자의 표현의 자유, 그리고 그것과 동전의 양면인 성소수자 정보접근권의 핵심적 문제는 성소수자와 관련한 표현이나 정보가 청소년에게 유해하다는 주장과 관련돼 있다. 대법원이 "동성애자가 아닌 다수의 청소년들에 있어서는 동성애에 관한 정보의 제공이 성적 자기정체성에 대한 진지한 성찰의 계기를 제공하는 것이 아니라 성적 상상이나 호기심을 불필요하게 부추기거나 조장하는 부작용을 야기하여 인격형성에 지장을 초래할 우려"[267]가 있다고 편견해 기초해 그릇된 판단을 내리고 있는 것처럼, 성소수자는 그 어떤 경우에도, 심지어 성소수자 청소년에게도 유해한 존재가 되고 만다. 그러나 우리는 반대로 생각해야 한다. 성소수자와 관련한 매체가 성정체성의 '혼란'을 가져온다는 근거는 그 어디에서도 찾아볼 수가 없다. 성소수자와 관련한 정보가 이성애자 청소년을 동성애자로 만든다면, 현실적으로 '이성애 매체물'만을 하루 종일 보고 살아왔던 우리들은 모두 이성애자가 되어야 하지 않았겠는가? 오히려 성소수자와 관련된 표현물은 성소수자에게 자신의 성정체성을 찾아가는데 중요한 역할을 한다. 다른 청소년들이 이성애 매체물을 보면서 이성애에 기초한 사랑과 가족관계, 사회관계를 익히는 것처럼, 성소수자 청소년 역시 성소수자를 다룬 매체를 보며 동성애자로서의 삶을 바라보게 된다. 또 성소수자가 아닌 청소년 역시 이러한 매체를 통해 동성애와 성별 정체성, 그리고 사회의 성적 다양성을 이해하고 포용력을 기를 수가 있다.

한국게이인권운동단체 친구사이와 청년필름이 공동으로 제작한 영화 <친구사이?>(김조광수 감독, 2009년작)는 바로 청소년들에게 동성애자로서의 삶에 대해 쉽고 재미있게, 이성애의 눈으로 왜곡되지 않게 전달하려고 했던 작품이었다. 그럼에도 이 영화는 두 차례에 걸친 영상물등급위원회의 심의 결과 처음에는 모방 위험성이 높다는 이유로(동성애가 무슨 범죄인가?), 두 번째에는 선정성이 높다는 이유로('이성애' 영화는 섹스신이 나와도 15세 관람가이면서, '동성애' 영화는 애무신만 나오면 선정적인가?) 청소년 관람불가 판정을 받았다. 제작자와 인권 · 문화 단체, 법조인들은 이를 명백한 차별이라고 판단하고 2010년 2월 4일 공익변호사그룹 공감과 함께 등급분류결정처분취소를 구하는 행정소송을 제기했다.

이러한 엄격하고 호모포비아적인 등급위의 판정은 성소수자의 표현을 사실상 억압하고 자기검열로 이끈다. 뿐만 아니라 청소년의 정보접근권 역시 심각하게 침해당한다. 그래서 성소수자 매체에 대한 지나치게 엄격한 잣대는 그 자체가 차별로 이어진다. 아직도 성소수자의 성적 표현은 그 자체가 금기이다.

한편, 성소수자에 대한 혐오 표현의 자유는 소수자 인권 운동의 주요 담론인 인

267) 대법원 2007. 6.14. 선고 2004두619 판결.

권, 권리, 자유, 다양성을 전유하면서 주장되고 있다. 성소수자를 혐오할 자유도 권리이며, 다양한 의견을 존중해야 한다는 것이다. 미국의 경우에는 학생이 동성애를 모욕하는 티셔츠를 입지 못하게 한 학교를 상대로 종교의 자유를 이유로 소송을 제기한 경우도 여러 차례 발생하고 있다.[268]

우리는 이러한 주장에 대해 분명하게 말할 수 있다. 당신에게는 표현의 자유가 있지만 그 표현의 자유에는 한계가 명확하다는 것을 배웠을 것이라고, 당신은 성소수자를 혐오할 권리를 외치며 그것이 무엇이 문제냐고 말하지만 그것은 성소수자의 인간존엄성과 심리적 건강을 크게 해치는 일이며 성소수자가 성소수자로서 살아갈 수 없도록 하여 생존의 문제를 위협하고 있는 것이라고, 당신은 성소수자 때문에 자신의 존엄성이 손상되었다고 말하지만 당신의 학습된 불쾌감을 인간존엄성이라고 말하고 있으며 성소수자의 존재가 당신에게 상처가 된다면 노인의 존재가, 장애인의 존재가, 아동의 존재가 마치 직접적으로 자신의 존엄성을 손상시킨다고 말하는 것이나 마찬가지라고, 당신은 종교의 자유가 있다고 주장하나 우리 헌법이 말하는 종교의 자유가 종교의 교리로 타인을 해할 권리를 말하는 것은 아니라고, 당신은 동성애가 죄악이므로 그에 대한 차별적 표현을 할 수 있다고 주장하나 그렇다면 당신은 성서에 규정된 모든 금기들을 정말 아무것도 범하지 않고 있냐고, 당신들은 지금 자유와 권리를 운운하면서 인간을 해할 권리를 외치고 있는 것이며 차별과 인권침해를 선동하고 있으며 그 선동 자체가 인권침해로서 마땅히 규제되어야 하는 대상이라고, 내가 문제가 아니라 바로 당신이 문제라고, 그렇게 명확하게 이야기하여야 한다.

소수자의 논리마저 권력이 독점할 때, 결국 남는 것은 지배적인 사고와 표현뿐이다. 이러한 퇴보 앞에서 우리는 합당하게 '당신이 잘못되었다'라고 비판할 수 있는 표현의 자유를 열렬히 확인하고 누려야 한다.

7. 아우팅과 명예훼손

아우팅은 개인의 사생활의 비밀을 침해하는 행위로서 그 자체로 인권침해다. 이에 더해 아우팅은 성소수자를 갑작스럽게 차별의 환경 속에 놓이게 하는데다가 성소수자에 대한 범죄의 매개로도 작동된다는 점에서 매우 심각한 문제로 등장한다.

실제로 『한국 성소수자 사회의식조사』에 따르면 응답자의 24.7%가 아우팅 경험이 있고, 아우팅 경험이 있는 사람들 중 77.4%가 사회적 불이익을 경험한 적 있다고 답해 아우팅 경험이 없다는 사람들 중 38.2%가 사회적 불이익을 경험한 적이 있

---

268) 리처드 도킨스, 이한음 역, 『만들어진 신』, 김영사, 2007, 41쪽 ; 「美법원, 동성애 모욕 티셔츠 교내 금지는 합헌」, <연합뉴스>, 2006년 4월 22일 기사입력. 도킨스의 책에 나오는 경우는 학생이 승소, 뒤의 기사에 나오는 경우는 학생이 패소하였다. 도킨스에 따르면 "종교를 동성애자 등에 대한 차별을 정당화하는 법적 수단으로 확정지으려는 기독교인들이 비슷한 소송을 밀물처럼 제기"하였다고 한다. 도킨스, 같은 책, 같은 쪽.

다고 한 것에 비해 두 배가 넘었다.[269] 청소년을 대상으로 한 조사에서도 아우팅 경험이 있다고 답한 비율이 30.4%에 이르렀고 아우팅 후 교사 또는 친구로부터 부당한 처우를 받았다고 대답한 비율이 51.4%에 달했다.[270] 한편, 가족이나 학교, 직장 등에 성정체성을 알리겠다고 협박하여 금품 갈취, 폭행, 강간 등을 저지르는 심각한 범죄도 일어나고 있으며, 심지어 아우팅을 매개로 레즈비언을 상대로 한 연쇄강간사건까지 발생한 바 있다.[271]

이런 실정이지만 실질적으로 아우팅을 규율할 만한 법제도는 전무하다시피 하다. 차별금지법이나 혐오범죄방지법과 같은 법제도가 전혀 도입되고 있지 않은 상황에서 성소수자는 속수무책으로 위험에 내몰리고 있는 것이 현실이다. 한편, 아우팅을 명예훼손으로 규율할 여지도 있으나 그리 간단하지만은 않다.

어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다. 따라서 **가치중립적인 표현을 사용하였다 하더라도 사회 통념상 그로 인하여 특정인의 사회적 평가가 저하되었다고 판단된다면 명예훼손죄가 성립**할 수 있다.

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 설시의 증거를 종합하여, 사실은 피해자가 동성애자가 아님에도 불구하고 피고인은 인터넷사이트 싸이월드에 7회에 걸쳐 피해자가 동성애자라는 내용의 글을 게재한 사실을 인정한 다음, 현재 **우리사회에서 자신이 스스로 동성애자라고 공개적으로 밝히는 경우 사회적으로 상당한 주목을 받는 점, 피고인이 피해자를 괴롭히기 위하여 이 사건 글을 게재한 점 등 그 판시의 사정에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 글을 게시한 행위는 피해자의 명예를 훼손한 행위에 해당한다**고 하여 피고인을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였는바, 위의 법리 및 기록에 비추어 이러한 원심의 판단은 옳(다)[272]

이 사건은 자신을 스토커라고 말한 사람을 비방할 목적으로 그가 동성애자가 아닌데도 싸이월드 미니홈피에 7차례에 걸쳐 '게이'라는 글을 게재한 것에 대해 명예훼손을 인정한 판결이다. 문맥상 '누구는 동성애자'라고 글을 올리는 것은 그 사람의 사회적 평가를 저하시킨다는 점에서 명예훼손이라고 판단한 것으로 보인다. 이러한 법리를 따르면 실제 피해자가 성소수자인 경우에도 명예훼손이 가능할 것으로 보이기는 하는데, 그렇다 하더라도 우리 스스로 성소수자라는 표현을 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 보는 관점을 받아들일 수 있을까?

---

269) 한국 성소수자 사회의식조사 기획단, 앞의 조사보고서, 54-59쪽.
270) 강병철 외, 앞의 청소년 성소수자 생활실태 조사보고서, 83쪽.
271) 조여울 연구책임, 앞의 성소수자 인권 기초현황조사, 154-160쪽
272) 대법원 2007.10.25. 선고 2007도5077 판결.

이와 같이 아우팅을 직접적으로 규율하는 제도가 없다는 점은 이미 기존에 있는 법률로 접근하는 데 있어 큰 한계를 지닌다. 아우팅과 명예훼손은 그 의미와 맥락이 다르기 때문이다. 결국 혐오범죄방지법과 같이 아우팅을 규율할 수 있는 제도가 반드시 요청된다.

8. 고용과 노동권

성정체성으로 인해 고용 등에 있어 불이익을 받는 모습을 사회적으로 명확하게 볼 수 있었던 것은 2000년 홍석천 씨가 커밍아웃을 했을 때였다. 커밍아웃 직후 그는 그가 출연하던 모든 프로그램에 대해 방송사로부터 출연 중단 통보를 받았다. 성소수자라는 사실이 알려지는 것은 이와 같이 생존의 위협에 내몰리는 일이 되기도 한다. 특히 <뽀뽀뽀>에서는 가장 발 빠르게 출연중단 통보를 한 것으로 알려져 있다. 성소수자와 관련해서는 아동 또는 청소년의 주변에 있어서는 안 된다는 편견이 가장 즉각적으로 제기된다. 이런 점 때문에 무수한 동성애자 교사, 학원 강사는 특히, 성정체성이 알려질 경우 해고의 위협에 크게 노출된다.

동성애가 직장에서의 징계사유로 등장하기도 한다. 지난 2001년 서울행정법원은 직장 동료와 동성애 관계로 공무원의 품위를 손상시켰다면서 감봉 2개월의 징계처분을 받은 한 소방관이 서울시장을 상대로 낸 감봉처분취소 청구소송에서 원고 승소 판결을 내린 바 있다.[273] 각 언론마다 보도된 내용이 약간씩 다르고 판결문도 찾아보지 못했으나, 종합해 보면 법원은 동성애 관계로 보기 어려우므로 동성애로 공무원의 품위를 실추시켰다고 보기 어렵다고 판단한 듯하다. 이러한 판결을 반대해석하면 동성애를 이유로 징계처분을 할 수 있다는 점에서 비판이 제기된 바 있다.[274]

한편 직장 내에서의 괴롭힘, 따돌림, 성폭력 등에 노출되고 어쩔 수 없이 직장을 떠나야 하는 경우도 발생한다. 한 FTM 트랜스젠더가 술을 마시던 중 직장 동료들에게 강제로 성별을 확인당하는 등의 성폭력 피해를 입은 후 "바로 다음날 사표"를 낸 사례도 보고되고 있다.[275]

성정체성이 해고나 징계, 직장 동료들에게 받는 폭력으로 이어지는 경우 성소수자는 곧바로 생계의 위협에 놓이게 된다. 또한 성소수자의 존재를 전혀 고려하지 않는 직장 내 분위기는 성소수자의 직장 생활을 불편하게 하고, 이는 차별로 이어진다. 이러한 고용과 노동에 있어서의 차별과 인권침해는 성정체성을 숨길 것을 거부하는 성소수자가 늘어감에 따라 앞으로 더욱 크게 부각될 것으로 예상되고 있다.

---

273) 「"근거 없는 동성애이유 감봉 부당" 」, <한국일보> 2001년 1월 9일 기사입력 ; 「 "근거 없는 동성애 이유 공무원 징계처분 부당"」, <동아일보> 2001년 1월 9일 기사입력

274) 이석태, 「성적 지향에 의한 차별과 대책」, 한인섭 · 양현아 편, 『성적 소수자의 인권』, 76쪽 각주 19) ; 「'동성애'는 공무원의 징계사유인가?」, <하니리포터> 2001년 1월 10일 기사입력. 참조

275) 성전환자 인권실태조사 기획단, 앞의 조사보고서, 96쪽.

9. 수용시설

남성과 여성으로 완전히 분리되어 있는 수용시설의 환경 속에서 성소수자는 극심한 고립감과 차별을 경험한다. 아우팅의 위험이 상존하고, 성정체성이 알려질 경우 극도로 폐쇄된 공간 속에서 집단 따돌림, 폭언과 폭행, 성폭력의 위험에 크게 노출될 수밖에 없다. '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률'이 성적 지향에 대한 차별금지를 규정하고 있지만 선언적인 규정 수준에 불과할 뿐 아무런 구체적인 인권보장책은 마련되고 있지 않은 것이 현실이다.

수용자들 중에는 성소수자가 상당수 있을 것이라고 추정되고 있다. 지난 2007년 한국게이인권운동단체 친구사이에는 교도소에서 게이 정체성을 고민하며 성정체성을 찾아가는 한 수형자와 출소 때까지 지속적으로 편지를 주고받으며 성제체성에 관한 정보와 심리적 지지를 제공한 경우가 있다. 이 사례의 경우는 교도소 내 상담가가 적극적으로 독거수용이 가능하도록 도움을 주고 '친구사이'를 소개해 준 사례이다. 그러나 수용된 교도소 직원이 어떤 태도를 보이느냐에 따라 성소수자의 수용 환경은 달라질 수밖에 없다.

2006년 한국성적소수자문화인권센터와 트랜스젠더인권활동모임 지렁이에는 MTF 트랜스젠더 수용자에 대한 심각한 인권침해 사례가 접수돼 인권단체에서 공동으로 대응을 준비한 바 있다. 이 사례의 경우 아우팅의 위협 속에서 속옷 반입 등이 가로막히고 호르몬 투여 등 성확정을 위한 의료적 조치도 방해받아 곤란을 겪은 것으로 알려졌다.

가장 문제인 것은 수용시설 내 성소수자들이 어떠한 차별과 인권침해의 상황에 놓여 있는지 아무런 자료도, 정보도 없다는 것이다. 수용시설의 특성상 인권단체가 접근하는 데도 큰 한계를 가질 수밖에 없다. 공적으로 진행되는 수용시설 내의 성소수자 인권실태조사가 시급하게 요청되고 있다.

10. 난민

최근 서울행정법원은 파키스탄인 동성애자에 대한 법무부의 난민인정불허처분에 대한 취소를 구하는 소송에서 원고 승소 판결을 내렸다.[276] 이는 한국에서 처음으로 동성애자의 난민지위를 인정한 것이다. 동성애자를 징역형과 벌금형에 처하고, 실정법보다 우위에 있는 종교법인 샤리아법이 동성애를 사형까지로 처벌하고 있는 파키스탄의 현실에 비추어, 파키스탄인 동성애자에게 난민지위를 인정하는 것이 <난민지위에 관한 협약>의 규정과 정신에 부합한다고 본 것이라고 평가된다.

이슬람 국가의 경우 동성애자에 대한 사형과 태형, 구금이 이루어지고 있다는

276) 서울행정법원 2009. 12. 24. 선고 2009구합30165 판결.

것이 계속해서 보고되고 있다. 국가가 개입하지 않더라도 가족들에 의해 '명예살인'이 이루어지고 있는 것이 현실이다. 최근 영국에서는, 정부가 한 이란 출신 10대 동성애자 유학생에 대해 망명을 불허해 커다란 사회 이슈가 된 적이 있었다. 결국 영국 정부는 그에 대해 한시적인 망명을 허용하였다.[277] 또한 이란 레즈비언 여성 페가 엠마백시(Pegah Emambakhsh) 역시 영국 정부의 이란 송환 결정에 대한 법정 투쟁 끝에 2009년 난민지위를 인정받은 것으로 알려졌다.[278]

동성애자라고 알려진 자를 본국으로 추방하는 것은 현실적으로 그를 죽음으로 내모는 일이라는 점에서 국제적으로 동성애자에 대한 난민지위 인정은 확대될 필요가 있다. 그러나 우리 법무부는 이러한 현실을 도외시한 채 동성애자 난민지위 인정에 불복하고 즉각적으로 항소를 한 상태이다. 법원이 1심에서와 같이 <난민지위에 관한 협약>의 내용과 정신에 충실하고 현실을 충분히 고려한 판단을 내릴 것을 기대하고 있다.

한편, 이번 판결에 대해서 일부는 이슬람의 동성애자들이 한국으로 몰려온다는 등의 근거 없는 낭설을 퍼뜨리며 이주노동자와 동성애자에 대한 증오와 혐오, 공포를 쏟아내고 있다. 이러한 주장 역시 호모포비아에 기초한 것으로, 우리는 이에 대해 명확한 반론을 제기할 수 있다. 한국처럼 부끄럽게도 난민인정이 오래 걸리고 까다로운 곳에 몰려온다는 것은 애초부터 말이 안 되고, 한국에서 한 해 난민으로 인정받는 사람의 수는 놀랍게도 한 해 평균 10명이 조금 웃도는 숫자인 현실을 고려했을 때 그 '공포의 상상적 전도'는 지나치게 도를 넘는다. 설령 동성애자 난민 신청이 줄을 잇는다 한들 오히려 인권을 존중하는 시민으로서 당연히 이를 반기고 함께 난민지위 인정을 요구해야 할 것을 마치 큰일이라도 날 것처럼 나서는 것은 문제가 있다. 동성애자라는 이유로 목숨을 잃어도 괜찮은 일이라는 말인가. 우리는 이에 대해서도 정확히 문제제기할 필요가 있다.

Ⅴ. 나가며

우리는 이제까지 성소수자 정체성과 관련한 여러 가지 논점들을 살펴보았고, 성소수자에 대한 다양한 정보와 논의들을 알아보았다. 성소수자의 차별 실태를 훑어보았고 성소수자의 법적 현실이 어떤지 분석해 보았다. 우리는 이 과정에서 성소수자

277) 「"동성애가 죄인가요" 이란 소년의 눈물」, <경향신문> 2008년 3월 20일자 ; 「英, 동성애 이란 유학생 망명 허용」, <연합뉴스> 2008년 5월 21일 기사입력.

278) 「Pegah Emambakhsh Has Finally Been Granted Permanent Asylum in the United Kingdom」, <Gays Without Borders>, 2009. 2. 19. 한국에서도 페가 엠마백시에 대한 송환을 중지하라는 대규모 온라인 서명이 벌어졌었다.

와 관련된 거의 모든 법령과 행정규칙들, 대법원 판례를 비롯한 중요한 판례들, 국가인권위원회의 결정들, 법적 · 제도적 문제에 대한 성소수자 운동의 대응 등을 살펴보았다. 인권의 문제가 그러하듯, 그 어느 하나가 쉽게 넘어갈 수 있는 것은 없었다. 우리는 좀 더 많이 보고 생각하고 질문을 던지고 대답을 내놓고 대답을 수정해 나가야할 필요가 있다.

우리가 법과 제도의 시각에서 성소수자를 접근할 때 잊지 말아야 할 것은, '입증책임'의 문제이다. 우리 사회는 입증 책임을 소수자에게 자꾸만 부과한다. 너희들이 차별과 인권침해와 피해를 주장하므로 너희들이 입증하라는 이러한 시민법적 접근은 소수자를 이중의 어려움에 내몬다. 인권의 입장에서 우리는 그 반대의 말을 내놓아야 한다. "모든 제도는 명백히 그렇지 않다고 입증되지 않은 한 당연히 차별적일 것이라고 간주해야 한다."[279] 여기서 말하는 '제도'는 현존하는 제도뿐만 아니라 필요한 제도가 없는 현실도 포함된다고 나는 생각한다.

우리 사회의 호모포비아/트랜스포비아의 문제도 마찬가지다. 현실적으로 '주로' 성소수자들이 이에 맞서 싸우고 있지만, 맞서 싸워야 할 일차적인 책임을 성소수자에게 지우는 것은 온당하지도 않고, 그리 효과적이지도 못하다. 소수자들이 자신이 가다듬은 차별에 대한 감각으로, 혹시 내가 어떠한 폭력을 저지르고 있는 것은 아닌지, 내가 생각 못한 부분은 무엇인지, 나의 한계는 무엇인지, 그것을 넘어서려면 어떻게 해야 하고 어떻게 싸워야 하는지 끊임없이 고민하고 성찰하듯, 우리 사회도 그러한 모습을 지닐 수 있어야 한다. 그러한 성찰이 가장 필요한 곳은 권력적 지위의 자리이다. (소수자가 어떤 국면에서 권력적 지위에 위치한다면 그 역시 성찰이 작동되어야 하는 자리일 것이다.) 그곳에서 일어나는 성찰과 변화는 우리 전체를 변화시키는 힘을 지닌다.

결국 오늘 우리가 살펴본 '성소수자 문제'들은 성소수자의 문제가 아니라 성소수자가 드러낸 우리 사회의 문제이다. 성별을 생물학적 성별로 고정시키고 이성애를 강제하는 이 공식적/비공식적 제도의 문제이다. 우리의 사고와 일상생활의 양식의 문제이다. 성소수자에 대한 억압 문제가 아니라 우리 모두에 대한 억압에 대한 문제이고, 권리의 문제로 환원되지 않는, 우리를 지배하고 도처에서 작동되며 바로 이 자리에서 생성되는 권력의 문제이다. 우리에게는 이렇게 시선과 관점을 끊임없이 전환하고, 질문을 던져 가면서, 법과 제도의 안팎을 넘나들며 통찰하고 성찰하는 일이 필요하다.

마지막으로 다소 길지만, 한 판결문의 일부를 인용한다. 작년 나에게 올해의 판결을 꼽으라면 집시법 위헌 판결도, 혼인빙자간음죄 위헌 판결도 아닌 이 판결이다. 트랜스젠더를 강간죄의 객체로 인정한 부산지법의 판결문이다. 나는 이 판결문을 읽

279) 조효제, 『인권의 문법』, 후마니타스, 2007, 175쪽. 조너선 만이 한 말이라고 한다.

으며 성소수자 단체 회원으로서 판결을 샅샅이 헤쳐 비판할 수도 있었겠지만, 속수무책으로 울었다. 부디 오늘 여기 오신 모든 분들이, 또 다시 많은 사람을 (좋은 의미로) 울려주시길, 그럴 수 있는 좋은 법조인이 되어 주시길, 진심으로 빈다.

부산지방법원 2009.2.18. 선고 2008고합669 판결
<성전환자(transsexual)를 강간죄의 객체인 부녀로 인정한 이유> 별지

* 사람의 성별과 성전환자에 대한 이해

……

5. 근래에 이르러 우리나라를 비롯한 세계 각국은 모든 국민들이 가진 행복추구권과 사생활보호, 인간다운 생활을 할 권리에 근거한 헌법 또는 기본법의 원리에 근거하여 위와 같은 성전환 수술을 받은 자의 사정을 깊이 이해하고, 혹은 법원의 재판으로, 혹은 의회의 입법으로, 혹은 헌법재판소의 결정과 이에 따른 입법명령 등으로 이 시대의 소수자에 해당하는 성전환자의 그 처지와 형편에 합당한 처우를 하고 있는 것이 대세이다.

* 피해자의 성전환 수술과 이를 전후한 40년 세월의 애환

6. 피해자는 1950. 7. 3. 전남 장흥에서 아들 셋, 딸 셋인 형제 중 넷째로 태어났다. 남자의 외부성기를 가지고 출생하였지만, 피해자는 초등학교 취학 전부터 치마를 입는 등 여성 옷을 입고 여자아이들과 주로 어울리고, 남자아이들은 멀리 하였다. 그 때문에 놀림을 받고 집에서도 이상한 아이로 여김을 받으면서 따돌림을 당하였다.

7. 피해자는 사춘기에 이르러 자신의 성이 신체의 성인 남성이 아니라 여성이라는 분명한 성정체성이 형성되기 시작하였고, 이를 감당하기 못한 피해자는 중학교 재학 중이던 16세경 무작정 집을 떠나 지향 없이 전국을 떠돌면서, 당시 명망있는 사람들로부터 밤무대 공연을 위한 무용을 배웠다. 그리하여 처음에는 남성 무용수로서 생계를 이어나갔다.

8 피해자는, 나이 스물넷에 이른 1974년경, 성전환수술을 결심하고 당시 서울에 소재한 신현태 성형외과를 방문하여 우선 자신의 상태에 대한 진지하고도 자세한 상담을 마친 다음, 담당 의사의 권유와 소개에 따라 가까이 있는 한 정신과 병

원을 찾아가 정밀진단을 받은 다음, 일정 기간의 심리치료와 관찰을 거쳐 진성의 성전환증이라는 확진을 받았다. 그런 연후에 위 성형외과 병원에서 남성의 성기와 음낭을 제거하고 여성의 질 등 외부성기를 형성하는 수술을 받고 이후 상당기간 호르몬 요법의 시술을 받았다. 그때 이후 30여 년간 피해자는 여성 무용수로서 우리나라 전 지역은 물론, 일본, 태국, 중국 등을 오가며 밤무대 업소에서 여성 동료들과 함께 춤을 추면서 힘들고 고단하나 자신이 원하는 삶을 그 방식대로 자유로운 삶을 영위하여 왔다.

……

11. 피해자는 성전환 수술 후 여성으로서의 성생활이 전혀 지장이 없으며, 특히 피해자의 사정을 이해하는 남성과 과거 10여 년간 동거하며 지속적으로 성관계를 영위함에 아무런 문제가 없었고, 성적 만족도 또한 전혀 이상이 없었다고 한다. 피해자가 국내에 현존할 때는 주로 부산시 소재 일정 지역에 30년 가까이 주거를 정하고 살아왔는데 주민들과는 여성으로서 오랜 세월 동안 친분을 유지하면서 삶의 애환을 같이 하여 왔으며, 자신의 삶을 결코 후회하거나 한탄한 바가 없고, 지금도 여성으로서의 확고부동한 성정체성을 보유하고 있을 뿐 아니라 자신이 여성임에 만족하고 있으며, 자신은 향후 혼인할 생각도 없고, 이런 삶에 큰 불편이 없어 성별정정의 생각은 없으나 같은 처지에 있는 인생 후배들의 법률상 지위가 과거보다 개선된 점에 감사하고 있으며, 그밖에 필요한 보호조치가 추가되었으면 하는 소망을 가지고 있다.

……

* 공부상의 성별기재의 의미와 성범죄 피해자의 경우

14. 현재 남성으로 된 피해자의 공부상 성별기재는 출생 당시 신고된 성으로서, 이후 성적 귀속감의 발현에 따른 일련의 과정을 거쳐 최종적으로 확인한 피해자의 진정한 성을 표상하지 못하는 것으로서, 이는 성별정정 대상에 해당되는 것이므로(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정 참조), 피해자를 위와 같이 강간죄의 객체인 부녀로 인정함에 장애가 되는 것이 아니다. 나아가 공부상 성별을 정정하는 것은 피해자가 남녀 양성체제로 편성된 우리 사회의 엄연한 한 사람의 여성임을 사후적으로 확인하는 조처에 불과할 뿐 그 결정으로 피해자의 성별이 비로소 여성으로 변경되는 것도 아니다.

……

* 피해자가 당면한 현실과 여건의 개선

16. 성전환자에 대한 사정과 법리가 이러함에도, 사회구성원들 중에는 사안의

실상을 제대로 이해하려는 진지한 노력도 없이, 자신들과는 다르다는 이유만으로, 편견과 오해에 사로잡혀 그들의 존재에 대한 근거 없는 혐오감이나 막연한 불쾌감을 드러내는 사람들도 있다. 심지어는 자신의 가족들로부터 배척당하기도 한다. 이 때문에 그들은 사람들의 눈을 피하여 주로 야간업소에서 일을 하면서 평생을 외롭고 고단한 삶을 영위할 수밖에 없는 것이 현실이다. 바로 이것이 오늘날 성전환자들이 겪어야 하는 불행의 주된 원인이다. 그들에게 발생한 성정체성의 혼란은 그들의 책임이 아니며, 그들이 새로운 성으로 살겠다는 진정한 성의 주장이 공서양속이나 사회질서에 반하는 것도 아니다.

17. 보편타당한 원리를 추구하는 사법은 본래 사람에 대한 깊은 이해와 관심을 그 바탕으로 한다. 그런 점에서 사법의 본령은 삶의 현장과 소통하는 것이며, 대상 사건의 영역 내에 있는 모든 사람들의 문제와 애환에 진지하게 귀를 기울이는 것이다. 특히 형사사법절차에 있어서는 피고인의 권리보장에 못지않게 범죄의 피해자 등 사건 관련자들에 대하여도 그 지위와 처지에 합당한 배려와 처우를 소홀히 할 수 없는 것은 지극히 당연하고 또 중요하다. 이는 곧 국가가 삶의 제 분야에 있어서 모든 국민의 인간다운 생활과 행복의 추구를 돕고자 하는 헌법 원리를 실질적으로 구현하는 것이다. 이에 당원은 그와 같은 목표에 입각하여 종래의 이론과 선례를 근거로 구체적인 사실관계를 확인한 다음, 성적 소수자인 피해자의 법률상 지위를 위와 같이 인정함으로써, 이러한 배려가 이제 노경에 들어서는 피해자가 우리와 다름없는 이 사회의 보통사람으로서 다른 사람들과 자유로이 어울려 자신의 성정체성에 합당한 편안하고 명예로운 여생을 보낼 수 있는 하나의 계기가 되기를 기대한다.

참여마당

공익인권법학회원들과의 대화 - 참고자료

디스오리엔테이션 핸드북: 당신 스스로의 진보적인 법률교육 만들기

[참고자료]

디스오리엔테이션 핸드북: 당신 스스로의 진보적인 법률교육 만들기

(Disdorientation Handbook: Creating Your Own Progressive Legal Education)[280]

출처: http://www.nlg.org/resources/disHandbook_2007.pdf

민중의 변호사로 활동하기

당신은 법률 활동을 통해 더 나은 사회를 만들 수 있는 최상의 가능성을 지니고 있다. 당신들은 저마다 법을 보다 진보적인 정의를 위해 이용할 수 있는 방법을 찾기 위한 독특한 재능과 기술, 창의적인 에너지를 가지고 있다. 당신이 로스쿨 신입생이라면, 당신은 변호사는 사회운동과 법률 실무를 섞어서는 안 된다는 말을 들어봤을 것이다. 당신의 로스쿨에서의 경험은 이 관념을 더욱 강화할 것이다. 디스오리엔테이션 핸드북(Disorientation Handbook)의 목표는 당신이 법률 활동에 대한 전통적인 관념에 도전하도록 자극하고, 당신의 3년간의 학교생활이 보다 풍부하고 도전적일 수 있게 제안하려는 것이다. National Lawyers Guild는 로스쿨 과정에서 당신이 민중의 변호사로서 활동을 시작하기를 강력하게 권한다.

당신의 가장 중요한 수업은 당신이 대리하는 사람들과 당신의 상호작용을 통해 출발할 것이다. 당신의 실무 활동을 위해 필요한 가장 중요한 것은 - 이 또한 필요하지만 - 상대방의 주장에 대한 세심한 분석이 아니다. 준비에 있어서 결정적인 것은 당신의 사람들을 알고, 그들과의 관계에서 빠져나와, 그들의 생각과 그들이 처한 상황

280) 번역: 이호림, 공익인변호사그룹 공감 제8기 인턴

에 대한 분석과 해결책, 반드시 달성되어야 하는 것에 대한 그들의 관점을 이해하는 것이다. 젊은 법조인들이 자주 빠지는 함정을 피해야 한다. 대부분의 젊은 법조인들은 그들이 관련한 문제는 단연코 법률적인 것이며, 자신은 법을 알기 때문에 문제의 해답과 해야 하는 일을 알고 있다고 생각한다. 결국, 그들은 문제와 관련된 사람들에게 귀 기울이지 않는다. 또한 시간이 가면 갈수록, 법률적 문제에만 강하게 몰입하여, 이 변호사들은 진짜 문제를 놓치고 정말 필요한 접근방식을 발전시키는 데 실패한다.

민중의 변호사에게 시험은 언제나 정식 소송절차에서의 기술적인 승소와 패소가 아니다. 진짜 시험은 투쟁과 관련된 사람들의 가치관과 이해에 대한 법률 활동의 영향이다. 변호사가 아무리 경험이 많고, 영리하고 수완이 좋다고 해도, 가장 중요한 요소는 여전히 관련된 사람들의, 정보에 입각한 협조와 적극적인 참가다. 이것 없이 법률적인 승리는 정말 작은 의미밖에 가지지 못한다. - Arthur Kinoy

로스쿨에서 살아남는 방법

신병 훈련소에 온 것을 환영한다! 해병대의 신병 훈련소처럼, 로스쿨의 첫 해는 당신을 고유의 가치와 전통, 환상을 지닌 미래의 엘리트 부대의 일원으로 적응 시키도록 설계되어 있다. 다른 신병 훈련소들과 마찬가지로 로스쿨은 당신의 개성을 박탈하고, 모든 시간을 차지하고, 기존의 인간관계를 약화시키고, 당신이 성공적으로 집단의 세계관을 받아드릴 때, 당신에게 부활과 재생을 제공함으로써 제 기능을 한다. 당신은 동기들, 미래의 고객과 동료, 다양한 법률 실무의 가치를 평가하는 방법에 대한 무의식적인 훈련들을 받게 될 것이다.

로스쿨의 비전은 사회진보운동에 유용한 기술을 배우기 위해 로스쿨에 온 사람들의 평등과 민주주의에 대한 열망을 거스른다. 로스쿨의 주입교육은 근대 법학을 정의하고, 지배하는 렌퀴스트[281], 스칼리아[282], 화이트[283], 토마스[284]의 정치 · 사회, 윤리적 관점을 반영한다. 또한 로스쿨은 부유한 고객들을 위해 엄청난 권력을 휘두르는 기업형 로펌들의 업적을 찬양하기도 한다. 로스쿨은 당신이 이러한 현실에 도전하는 것이 아니라, 현실을 받아드리고, 이를 유지할 수 있도록 준비시키기 위해 만들어졌다.

그러나, 만약 당신이 공동체에 봉사하기 위한 진보적인 법률 활동을 개발하는 방법, 희박한 정보로 가장 큰 성취를 이루는 방법, 소외된 사람들에게 힘을 주기 위해

281) William Rehnquist,전 미국 연방대법원 대법원장 (1986-2005 재임) 이하 인물들은 렌퀴스트가 대법원장이던 시기의 주요 대법관들임.
282) Antonin Scalia, 미국 연방대법원 대법관
283) Byron White 전 미국 연방대법원 대법관
284) Clarence Thomas, 미국 연방대법원 대법관

법률 활동을 하는 방법을 배우는 것이 필요하다면 어떠한가? 커리큘럼은 당신이 전통적인 선택지의 허용된 범위를 뛰어넘는 생각을 하는 것을 거의 돕지 않을 것이며, 학습량은 당신의 기운을 빼앗고, 사기를 꺾을 것이다.

그렇다면 저항하기 위해 우리는 무엇을 할 수 있을까?

1. 반복되는 학습의 굴레에서 벗어나라. 성적의 힘을 과대평가하지 말라. 로스쿨 졸업생의 단지 일부만이 돋보이는 평점을 바탕으로 취업할 뿐이다.

대부분의 동료들처럼 민법에서의 A+나 높은 평점보다, 다른 법학 영역의 특정한 부분에서의 관심을 내세워라.

2. 정치적인 활동을 지속하라. 갇혀 있는 로스쿨의 커리큘럼 밖에서 당신의 에너지를 쏟을 수 있는 방법을 찾아라. 학교생활에 사로잡히는 것은 자멸하는 것이다. 당신이 로스쿨을 나설 때, 당신을 공익법 활동과 연결 해 줄 수 있는 인간관계를 만들어라. National Lawyers Guild와 다른 진보적인 단체들은 흥미롭고, 중요한 법 관련 프로젝트들을 진행하고 있으며, 당신이 하계 인턴쉽을 찾거나, 장기적인 방향에 대한 고민을 도와줄 멘토를 찾을 수 있는 기회를 제공하고 있다.

3. 친구들과 함께 하라. 수업시간에 때때로 토론을 할 수 있도록 모임을 만들어 보자. 교수들은 새로운 아이디어를 선취하거나, 평범하게 만드는 일에 능숙하다. 비판적인 사고를 증진시키는 방법은 당신, 또는 당신의 친구 중 한명이 수업시간에 "전복적인" 생각을 표현하면, 나머지는 그 의견에 대한 지지를 표현하면서 수업에서의 논쟁을 더 넓게 확장할 수 있도록 하기로 합의하는 것이다.

4. 조기에 스스로를 단련시킬 필요가 있다. 로스쿨을 졸업하자마자 1억이 넘는 연봉을 받는 자리에 가게 된 동창에 대한 질투심에 대해. 비록 수년간의 진부한 워커홀릭의 고역이 그들을 기다리고 있을 테지만, 그들은 각 로스쿨들의 자부심이다. 졸업생의 소득은 유에스 뉴스 앤 월드 리포트(U.S. News & World Report)의 미국 로스쿨 연간 평가의 주요 지표다. 사실, 공익관련 직업은 소득은 대부분 낮을지라도, 회사법 실무보다 훨씬 흥미롭고 보람 있다. 만약 당신이 학교 내외의 정치활동에 참여하게 된다면, 법을 사회 변화의 도구로 만들기 위하여 함께 일하고 있는 전국적인 학생 활동가, 법률가 단체들이 있다는 것을 발견하게 될 것이다. 이 발견은 시내의 로펌에서 바쁘게 일하는 것이 가장 중요하다는 로스쿨의 메시지에 대한 가장 강력한 해독제다.

5. 학교 밖의 생활을 유지하도록 노력하라. 당신의 오랜 친구들과 연인을 놓치거나, 때때로 소설을 읽는 것을 잊거나, 취미를 팽개치지 말라. 인생을 짧고, 3년은 당신의 일상을 유예하기에 너무 길다. 로스쿨에 온전히 잠식되는 것을 피하라.

6. 힘을 위해 싸워라! 로스쿨을 있는 그대로 받아드리지 말라. 당신은 바뀌어야 하는 관행에 도전함으로써 커다란 힘을 얻어낼 수 있다. 로스쿨은 채용과 입학에 대한 적극적인 행동, 사회 변화를 위해 봉사하길 원하는 법률가의 필요에 맞는 커리큘럼의 개발, 학생들에게 사회계층에서의 그들의 위치를 가르치는 것이 아니라, 학생을 성장시키고, 그들이 잠재능력을 깨달을 수 있게 도와줄 수 있는 교육방식의 개발 등에 대한 자극을 받을 필요가 있다. 당신이 수료할 학교를 보다 나은 곳으로 바꾸는 것보다 만족스러운 일은 없다. -Ted Franklin

당신의 정신과 신념을 온전히 하며...

로스쿨의 첫해는 신비하거나 불가사의한 과정이 아니다. - 이는 "지적인 신병 훈련소"에 더 가깝다. 수업의 새로운 환경은 우리 모두에게 위협적이고 무섭다. 이는 혼란스러우며, 가장 자신감 넘치고 똑똑한 학생들에게도 자신이 올바른 선택을 했는지 의심하게 만든다.

교과서 마스터하기

그러나, 밝은 면도 존재한다. 지적으로 말하자면, 교과서는 대체로 그리 어렵지 않다. 개념들은 당신이 이전에 공부했던 낯선 주제들에 비해 더 이상 신비롭지 않다. 당신이 난해한 법률문체와 몇 가지 규칙에 익숙해진다면, 법률 분석은 퍼즐을 맞추는 것과 매우 비슷해진다. 어렵지 않다. 보장한다.

"판례연구법"은 말 그대로 그저 그렇다. 건조하고, 반복되며 당신을 혼란스럽게 한다. 판례를 공부할 때에는, 각각의 세부적인 사항들 보다는 일반적인 법칙을 배우는데 집중하라. 일반적인 주제와 소재를 찾아라. 위대한 논리나 거대한 체계를 찾기 위해 애쓰지 말라. - 그곳에 없다. 합리성이나 일관성을 찾기 위해 시간을 낭비하지 말라. 규칙은 자주 모순되고 비논리적으로 보인다. 홈즈 대법관[285] 의 명언을 기억하자. "법의 생명은 논리가 아니라 경험이다."

아직 노하우를 모르겠다면, 먼저 시간을 분배하는 방법을 배워야 한다. 당신이 심한 압박 속에서 공부할 수 있다고 해도, 수업에서 뒤처지는 것은 당신을 비참하게 할 수 있다. 마찬가지로, 너무 많이 공부하는 것도 너무 적게 공부하는 것만큼 해로

285) Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841 - 1935) 미국 연방 대법원 대법관

울 수 있다. - 특히, 당신의 사회생활에는. 머리가 가득차서 돌아가지 않을 때, 난해한 암호문을 바라보느라 시간을 보낼 필요는 없다. 학습도 직업처럼 여겨져야 한다. 시간을 투자하되, 공부가 모든 활동들을 밀어내고 당신의 삶을 지배하게 하지 말라. 공부한 후에는, 이를 미루어 놓아라. 좀 더 의미 있는 활동들을 위해 시간을 아껴라.

수업듣기

1학년 때 겪는 가장 큰 좌절의 경험은 당신의 정의에 반해 불쾌감을 주는 판례를 공부하는 데, 누구도 이를 알아차리지 못하는 것 같을 때이다. 이는 가구 회사에게 사기를 당하는 가난한 고객의 계약 사례일 수도 있고, 자신의 파트너와의 합의에 의한 성관계를 금지하는 정부 법령에 도전하는 동성애자의 사례일 수도 있다. 당신은 "불리한 입장"에 놓이면서 당신의 생각을 말할지, 말지를 결정해야 한다. 이는 당신의 선택이다.

그러나, 개론과 분석이 도전받지 않게 둠으로써 우리는 아무것도 변하지 않는다는 철학을 묵인하고, 나아가 동료 학생들에게 무언가를 가르쳐 줄 수 있고, 어쩌면, 아주 어쩌면 그들의 법에 대한 사고방식을 바꿀 수 있는 최상의 기회를 놓치게 된다는 것만은 알아두길 바란다.

소크라테스식 문답법

많은 로스쿨들은 영화 "The Paper Chase"에서 그려진 그대로의 소크라테스식 문답법에 심하게 의존한다. 이는 학생을 집에서 울면서 그들이 이를 해낼 수 없다고 느끼게 만든다고 알려져 있다. 그러나 몇몇 교수들은 "이것은 'The Paper Chase'와 다르다"라고 말하며 수업을 시작한다. 이는 "나는 자네를 학생들 앞에서 망신주지 않는다고 약속하겠지만, 자네는 충분히 준비를 해 와야 할 거야."라고 번역될 수 있다. 그러니 긴장하지 말고, 판례들을 읽고, 최선을 다하라. 보통, 성적은 익명으로 처리되고, 수업태도를 바탕으로 결정되지 않는다. 신경을 곤두세울만한 가치 있는 일이 아니다. 사회의 불의, 지금 신경 쓸 가치 있는 일은 바로 이것이다.

그렇다면, 나는 왜 로스쿨에 있을까?

많은 돈을 버는 일이나 법을 다른 사람들을 경제적으로 풍족히 하는 일에만 몰두하는 단순한 학생들에게 둘러싸여 있을 때, 당신은 무언가를 잃어버리거나, 제자리에 있지 않은 듯한 감정을 느낄 수 있다. 단지 명심하라, 법률적 기술들은 억압받고 소외된 사람들과 함께 할 때 매우 가치가 있다는 사실을. 당신이 변호사로서의 자질을 갖춘다면, 그것을 당신의 고객들과 공동체가 법률시스템에 대응하는 전략을 발전시키는 데에 이용할 수 있다. 로스쿨을 떠난 후, 당신이 변화를 만들어 낼 수 있으면

좋지 않을까.

따로 또 같이 노력하기

로스쿨에서, 우리는 모두 홀로 우리의 진보적인 정체성과 가치관을 지키기 위해 고생하고 있다는 인상을 얻기 쉽다. 이는 사실이 아니다. 아무리 강한 무관심과 보수성의 요새라고 할지라도, 그곳엔 언제나 소수지만 우리와 같은 생각을 가진 사람들이 존재한다. 로스쿨에서 살아남기 위해서는 우리의 가치관을 지킬 수 있는 사람과 단체, 일을 찾아야 한다. 이는 혼자 하기에는 어려운 일이다. 학교 안팎 모두에 당신을 지지해줄 사람들을 두는 것이 핵심이다. 실제 고객과 법률 실무를 하는 것도 당신이 왜 법률가가 되고 싶어 했었는지를 상기할 수 있도록 도와 줄 것이다.

정치적이나 사회적인 활동을 하기위한 시간을 만드는 것도 매우 중요하다. 진보적인 법률가가 되는 것은 단지 정치적인 용어로 생각하는 것을 의미하는 것이 아니라, 사회 변화를 위한 운동들과 뜻을 같이 하고, 힘을 합치는 것이다. - 템플 로스쿨 National Lawyers Guild 책자

비판적으로 사고하기

이쯤 읽었다면, 당신은 왜 모든 교수들은 정의의 구체화인 법을 중립적이고 객관적인 힘이라고 여기는 관념에 집착하는지 의문을 가질 수 있을 것이다. 사실, 예외는 존재한다. 요즘 대부분의 로스쿨은 적어도 한명 이상의 비판적인 학자를 교수진에 두고 있다. 그는 진보적인 법학교수 일수도 있고, 비판적인 인종문제 학자나 여성주의 법학자, 또는 반-본질주의자 일수도 있다.

비판적인 법학 연구[286]는 하나의 운동, 정치적인 입장 그리고 무엇보다 방법론으로 불리고 있다. 뭐라고 부르든, CLS는 법학 교수와 학생들 사이에서 눈에 띠는 연구분야가 되었다. CLS는 법은 입법자들의 정치적이고 윤리적인 신념에 의해 형성되었다고 주장한다. CLS는 법률 질서가 빈곤의 재생산과 계급 불평등, 성차별주의, 호모포비아, 인종차별주의를 어떻게 구조적으로 반영하는지 밝혀내고자 한다. 이러한 방식의 비판주의는 철학의 해체주의 운동에 뿌리를 두고 있다.

비슷한 경향으로, 비판적인 인종문제 학자들은 판사의 객관적인 시각이라고 하는 것은 단지 그의 주관적인 인식을 모든 사람들의 인식으로 주지하려는 판사의 특혜에 불과하다고 주장한다. 이들은 대다수의 판사가 백인이기 때문에 판사의 특혜 받은 관점은 유색인종들의 경험과 이익을 무시하고 있다고 주장한다. 또한, 이들 내에는 적극적인 권리의 입법이라는 당장의 필요를 추구한다는 관점에서 CLS의 지적인 해체주의에 대항하는 운동 흐름도 존재한다.

---

286) Critical Legal Studies 이후 CLS로 줄임

여성주의 법학은 법의 "남성의 목소리"를 비판한다. 이는 법이 감정 없이 경직되고 제한적인 목소리로 만들어지고, 가르쳐지고 있다는 것을 전제로 한다. 특히, 판례의 이용은 남성의 우위를 영속시킨다고 본다. 헌법이 남성에 의해 쓰였고, 남성에 의해 대부분 해석되었으며, 역사적인 판례에 의지하면 남성의 이익을 먼저 대변하게 되기 때문이라는 것이다. 여성주의 법학은 특히 성범죄 관련 법, 포르노그라피 제한법, 여성의 재생산권 관련 법 등의 영역에 대해 비판해왔다.

마지막으로, 비판연구의 분야에서 등장하고 있는 새로운 그룹이 있다. 반-본질주의 운동은 여성의 권리, 사회적 권리운동의 본질주의적 성격은 백인 여성이나 흑인 남성이 아닌 사람들을 배제해 왔다고 주장한다. 다른 반-본질주의자들은 이들은 성적 지향을 둘러싼 이슈에서 광범위하게 배제된 사람들이라고 말한다. 이들의 목적은 성차별, 인종차별이 분리되어 해결될 수 있다고 생각하는 것이 아니라, 사람들에게 존재할 수 있는 다양한 층위에서의 차별을 일깨우는 것이다. 다양한 자각이 목적이다.

각각의 주제는 각 문단이 포함할 수 있는 내용에 비해 훨씬 깊고 풍부하다. 위의 요약된 설명들은 당신에게 대안들에 대한 정보를 제공해서, 당신이 스스로, 운이 좋다면 교수의 지도와 함께 이를 알아갈 수 있도록 하기 위한 것이다.

아래는 저서를 출간한 비판적인 학자들에 대한 리스트의 일부다. 편의를 위해 주제별로 나누었지만, 많은 이들의 저서는 둘이상의 사회적 억압기제의 교차작용에 관심을 두고 있다.

인종/민족 - Robin Barnes; Derrick Bell; Stephen Carter; Kimberle Crenshaw, Rechard Delgado; Angela Harris; Alex Johnson; Emma Jordan; Kenneth Kalst; Mary Matsuda; Shelby Steele; Patricia Williams; Iris Marion Young; 「From Different Shores」 edited by Ronald Takaki

여성주의/본질주의 - Leslie Bender; Naomi Cahn; Kimberle Crenshaw; Diana Fuss; Angela Harris; Katherine MacKinnon; Mari Matsuda; Martha Minow; Deborah Rhode; Elizabeth Spelman; Patricia Williams; Heather Ruth Wishikl; Iris Marion Young

일반적인 비판적 법학 운동 - Peter Gabel; Duncan Kennedy; Mark Tushnet; 「The Politics of Law」 edited by David Kairys

법률 세뇌

대부분의 로스쿨 1학년생과 같다면, 당신은 아마도 수업에 필요한 교과서가 당신

의 학습에 있어서 의미 있고 없어서는 안 될 것이라고 생각할 것이다. 물론, 당신은 각각의 판례에서 무엇을 얻고, 적용할 것인지에 대해 아무런 단서를 가지고 있지 않으며, 법원이 사회적 문제에 대해 의미 있는 논의를 하는 거에 실패하고 있다는 것을 직관적으로 알고 있으나, 그러한 답답함을 "법률가처럼 생각하기"를 배우는 대가로 간단히 처리해 버리는 것이다. 아마도 로스쿨에 오기 전까지 판례 하나 읽어본 적이 없다면, 당신은 이상하게도 판례의 명성과 힘과 교수의 무심한 지도하에서 이를 분석하는 것에 유혹될 것이다.

1학년의 몇 달이 지나고, 이제껏 배워온 것을 상기할 시간이 오면 당신은 속았다고 느낄 것이다. 당신은 속아왔다. 생각해보자- 사회적 분쟁(법률 분쟁의 렌즈를 통해 비춰진)은 현실의 문제에 부딪혀, 그들을 기다리는 분쟁의 해결절차에 따른 현실의 결론을 기다리는 현실의 사람들의 일이다. 법률교육(현재와 같이, 처리된 판례들을 연구하는 방식의)은 현상유지를 위한 추상적인 원리에 대한 것이다.

판례법은 두 가지 방식으로 사회 기득권의 이익을 대변한다. : 전통적인 전략은 현실세계의 결과를 "법의 규율"에 종속시키는 것이다. 이런 접근은 1학년 수업에서 중요시 되는데, 적용시의 불합리하고 비인간적인 결과에 관계없이 원칙에만, 모든 원칙에만 초점을 맞추고, 무엇보다도 원칙에만 초점을 맞추는 것이다. 현대적인 접근은 보다 기만적으로, 수 십 년 간의 시민권 입법과 판례법으로 다져져왔다. 진보한 눈속임에 근거한 수업은 학생들에게 불편한 판례를 무시하고, 부유한 이성애자-비장애인-기독교인-남성우월을 추구하는, 결과 중심적인 법률 취지에 대한 선택된 해석에 의존하도록 가르친다.

판례법 방법론은 학생들의 귀중한 시간과 에너지를 애매한 판단 의견을 해독하는데 쓰도록 하고, 원칙에 담긴 정치적인 암시를 분별해 낼 진보적인 시각의 개발을 억제하도록 한다. 수업을 공포와 경쟁의 공간으로 만듦으로써, 교수들은 학생들이 원칙에서 빗나가거나, 정치적인 입장을 제기하는 것을 방해한다. 마침내, 학생들을 단지 주어진 사실관계에 법학 원칙의 적용하는 것만으로 시험함으로써, 교수들은 학생들을 원칙의 흐름에만 신경을 쓰는 신념 없는 따분한 사람으로 변화시킨다. 아주 예외적이지만 가끔씩은 교과서 교육과 1학년의 법률 분석은 애초에 많은 학생들을 로스쿨로 이끌었던 가치관과 흥미를 완전히 포기하게 만들기도 한다.

오직 당신만이 모두에게 비참하고 멍하기만 한 1학년 수업을 그 이상의 것으로 만들 수 있다. 이제 경계해야 할 것들을 알아차리게 되었으니, 변화를 위해 힘을 내는 것은 당신의 책임이다. 당신의 교수의 조언과 상반되게, 규칙을 보다 빠르고 쉽게 배우기 위한 상업적인 요약본들을 사용하고, 시간을 보다 비판적이고 창조적인 생각을 하는데 쓰는 것에 두려워 하지 말라. 생각을 공유하는 친구들과 힘을 합치고, 수업

시간에 의미 있는 토론이 이루어 질 수 있도록 해보자. 독서모임부터, 비판적인 학자의 글에 대해 토론하는 것까지.

마지막으로, 다른 생각을 하는 친구들과 보내는 피할 수 없는 시간들에서도, 교과서 너머에 무엇이 있는지에 대한 관점을 잃지 말라. - Michael Friedman

로스쿨에서의 정체성의 정치학

백인도, 남성도, 이성애자도, 부자도 아닌 우리들은 로스쿨에서 추가적인 문제들을 직면한다. 우리는 가끔씩 개인이 아니라 어떤 전형-우리 같은 사람들에게 명예가 되든지 불명예가 되든지-으로 보인다는 부담을 견뎌야 한다. 로스쿨에서 우리는 눈에 띄지만 동시에 기이하게 눈에 띄지 않는다. 우리의 경험과 관심은 커리큘럼이나 다른 동료들의 풍경에 거의 반영되지 않는다. 진보적인 동료들조차도 우리가 생각하지 않을 수 없는 인종주의, 성차별주의, 호모포비아 등의 문제를 이슈화 하는 것을 우리 몫으로 남긴다. 또한 우리는 자주 "법학 공동체"의 요령을 배우는 것과 우리의 공동체의 지키고 싶은 가치를 유지하는 것 사이에서 분열되는 것 같은 느낌을 받는다.

로스쿨의 흑인, 라틴계, 아시아계, 미국 원주민 학생들은 백인이 주된, 가끔은 적대적이기도 한 환경에서 인종, 문화적 정체성을 지키기 위한 고난을 직면한다. 로스쿨은 그 특유의 인종주의를 제공한다. -집단의 인종주의와 교수 개개인의 공공연한 인종주의 모두. 차별 철폐를 위한 프로그램이 대부분의 학교에서 좀먹는 동안, 우리는 누군가 우리에게 부당한 기회를 주었으니 우리가 자초한 것이라는 억측을 여전히 마주한다. 아직까지 대부분의 로스쿨에서는 유색인종 교수진은 지독하게 소수이며, 당연히 인종주의와 관련한 이슈들에 여전히 대항하고 있다.

여성은 이제 대부분의 로스쿨 입학정원의 절반 정도를 구성한다. 그러나 학교들이 여성들에게 문을 열고 있지만, 그들은 여전히 여성문제에 대해서는 진정으로 눈뜨지 않았다. 매일 우리는 "일반적이고 합리적인 남성"의 신화와 학생들을 깨어있게 하려는 성차별적인 농담에 대항해야 한다. 우리는 생색과 성희롱, 여성(당연히 페미니스트인)교수나 롤모델의 부족과 직면해야 한다. 또한 여성에 대한 모든 "법칙"의 예외가 되어야 한다는 특별한 압박에 시달 린다. - 고객과의 보다 "객관적인" 관계를 형성하고 사람들에 대한 법률 개념을 평가하는 것을 배우기 위해. 우리는 끊임없이 그들 가운데 "최고" 처럼 경쟁적이고, 교활하고 단순해짐으로써 그들의 게임에서 이겨야 한다는 압박을 느낀다.

레즈비언과 게이, 바이섹슈얼은 로스쿨(과 더 넓은 세계)에서 좀 더 독특한 상황에 직면한다. 다른 사회적 소수자들과 다르게, 우리에게는 "통과"라는 선택지가 있다.

우리는 배척과 호모포비아와의 직접적인 대면이라는 위험을 감수하고 눈에 띄기를 선택할 수도 있다. 또는 우리는 보이지 않게 자기 자신을 억압하면서 "통과"하거나, 침묵을 유지하기를 선택할 수도 있다. 만약 우리가 너무 튄다면, 우리는 이성애자 학생들의 단정함에 거슬릴 위험이 있다. 그렇지 않다면, 우리는 그들이 끊임없이 자신은 어떤 동성애자도 알지 못한다거나, 법학계에는 양성애자가 전혀 없다거나, 자신의 고정관념과 다른 레즈비언은 없다고 생각하게 두는 것이다. 우리가 그들의 무시를 유지하기 쉽도록 하는 것이다.

노동자 계층의 학생들도 특수한 형태의 소외감과 좌절을 직면한다. 우리는 종종 학교를 다니며 두 세 개의 아르바이트를 겸하며, 교과서를 어떻게 살지 고민하고, 과정을 제대로 끝낸다면 학자금 대출을 어떻게 갚을 지 걱정하는 것이 어떤 것인지 아무것도 모르는 학생들의 바다에 둘러싸여 길을 잃은 듯 한 기분을 느낀다. 아이까지 있다면, 보육시설은 물론 학교의 지원책을 거의 찾을 수 없을 것이다. 우리는 로펌에서 일하느라 우리의 가능성을 펼칠 수 없겠지만, 로펌에서 일하는 것이 우리가 학자금 대출을 갚고, 가족을 부양할 거의 유일한 방법이다.

우리 모두는 성차별주의와 인종주의, 호모포비아, 그밖에 로스쿨에 존재하는 모든 형태의 차별에 대해 인지하고 이를 제거하기 위해 노력할 필요가 있다. 우리는 모두가 평등하다-법 앞이든 다른 영역이든-는 가정에 도전할 필요가 있다. 우리는 학교가 입학과 교수채용에 있어서의 차별철폐를 위한 우리의 헌신을 알도록 끊임없이 노력해야 하며, 로스쿨이 무시하기를 바라는 모든 이슈들을 끊임없이 드러내야 한다.

로스쿨에서 변화 만들기
- 공공의 법률적 필요에 공헌하는 커리어가 현실적인 가능성이 될 수 있게 하기 위하여

사회적 수요

이미 잘 알려진, 아직 충족되지 않은 광범위한 공공의 법률적 수요를 열거하거나 자세히 설명할 필요는 없다 - 수백만의 남성, 여성, 아이들이 가족과 건강, 교육, 직업, 주거 등의 영역에서 중대한 문제를 직면하고 있다.

" 우리(변호사)의 수임비를 낼 수 있는 부자는 이 사회에서 1% 밖에 되지 않으나, 그들은 우리의 적어도 95% 이상의 시간을 얻는다. 우리가 무료로 봉사하는 사회적 약자들은 아마 전체의 20-25%쯤 인데 그들은 겨우 5%의 시간을 얻는다. 남은

75%는 상담비용을 낼 수 없고 따라서 사실상 우리의 시간을 전혀 얻지 못한다." - 로이드 커틀러[287], 1980

로이드 커틀러가 그의 소견을 이야기한지 20년이 지난 현재, 수 천 명의 학생들이 사람들을 돕겠다는 비전으로 로스쿨에 입학을 하고, 끊임없이 대규모의 기업을 대변하는 원치 않는 직업을 얻으며 졸업을 한다. 우리는 커리어의 방향에 대해 널리 퍼져있는 변호사들의 불만족(때로는 70%나 되는)을 나타내는 설문조사결과를 매일 읽는다. 대부분 그들 말대로 "변화를 만들 수 있는" 일이나 "뭔가 의미 있는" 일을 찾을 수 없다는 사실에 고뇌하며 살아간다.

로스쿨의 역할

문제의 바탕에는 로스쿨들이 100년이 넘도록 학생들을 법률가처럼 생각하도록 가르치는 것이 자신들의 목표라고 생각해 온 것에 있다 - 대학원 모형[288]이라고 불리는 것이 그것이다. 로스쿨은 학생들을 그 분야의 전문가로 훈련시키는 의학전문대학원과 같은 접근을 항상 거부했다 - 전문 대학원 모형[289]이 그것이다. 법학 전문가들은 로스쿨을 졸업하고 법조계에 진입하는 이들의 형편없는 능력 때문에 수년간 로스쿨을 비난하며, 비판적으로 바라보았다.

1992년 10월, 미국 변호사 협회의 법률 교육 ·법조 진입 분과는 '법률 교육과 전문성 개발 - 로스쿨과 직업에 관한 위원회 보고서 : 격차 줄이기'라는 주제로 "맥크레이트 보고서"를 발간하였다. 이 보고서는 전통적인 로스쿨 커리큘럼의 결함이 로스쿨 학생들이 졸업 후 고객들에게 충분한 소송 대리를 제공 할 수 없게 되는 결과를 초래한다고 서술했다.

맥크레이트 보고서의 핵심은 제시된 "변호사가 갖추어야할 근본적인 가치"에 대한 네 가지의 포괄적인 목록(충분한 소송대리를 위한 대비; 정의와 공평, 윤리의 구현을 위한 노력; 전문성 재고를 위한 노력; 전문적인 자기 개발)과 고객에게 충분한 소송대리 제공하기에 필요한 열 가지 "근본적인 변호사 실무 기술" 목록(문제해결능력; 법률적 분석과 논증; 법률 리서치; 사실 조사; 의사소통; 상담; 협상; 소송과 대체적 분쟁 해결[290] 절차; 법률 실무의 조직과 관리; 윤리적 딜레마에 대한 인식과 해결)에 있다. 보고서는 대부분의 로스쿨은 네 가지 가치를 제한적으로 교육하고, 10가지 기술 중 단 두 가지 정도만을 가르친다는 사실에 대해 풍부한 근거를 제시한다.

---

287) Lloyd Cutler
288) Graduate School Model
289) Professional School Model
290) Alternative Dispute Resolution (ADR)

당신이 전통적으로 법조계로부터 도움 받지 못한 사람들을 돕는데 당신이 받은 교육을 이용하고 싶다거나, 사회적, 경제적 정의를 바로잡고 싶다면, 당신의 활동은 기념비적인 것일 것이다. 지난 20년 동안 로스쿨에 들어온 학생 중 40% 이상이 당신의 생각을 공유했었다.

"그러나, 그들이 졸업을 준비할 때 쯤 대다수의 학생들은 타인들의 성공의 정의에 해당하는 자리를 찾으려고 한다... 이 들 새로운 졸업생 중 한명만이라도 앞으로 몇 년 만이라도 임차인, 학생, 고용인, 이혼을 원하는 여성, 또는 백만장자나 부유한 사람을 대리하지 않으려고 한다면." - Ronald W. Fox, Lawful Pursuit, p.2

많은 학교에서 5% 이하의 학생들만이 그들의 목적을 달성하며 졸업한다. 40년간 법조계 생활을 하면서-25년간의 공익법 분야, 15년간의 직업 변호사 생활- 5000명이 넘는 로스쿨 학생과 변호사들에게 이야기 해오면서, 대부분의 로스쿨 학생들이 20년간 따라간 길을 따른다면, 이는 그들의 목표에 명백히 반하게 되는 것이라고 강력하게 경고할 수 있다.

전문가로서의 자기 개발

"교육받은 전문가 집단의 구성원으로서, 변호사는 "전문가로서 자신을 발전시키고, 전문가로서, 개인으로서의 목표를 추구할 수 있는 직업을 선택하고 유지하는" 의의에 따르게 된다." - 맥크레이트 보고서, p.219

변호사와 학생들은 이러한 의의를 발견하면 종종 놀라움으로 반응한다. 전문가로서, 개인으로서의 가치는 무엇인가? 나는 자율성, 편안한 업무환경, 지식과 기술의 습득, 타인에의 봉사 등을 제안한다. 많은 이들은 법률적인 훈련에 대해 좋게 생각하는 것이 그들의 직업에 대한 의사결정과정으로 적절하게 고려된 것이라는 개념을 받아들이는 것을 어려워한다.

근본적인 가치에 대한 이러한 암시를 이해한 이들은 교내 면접 체계[291]의 배제를 고려해야 한다. 이유에 대한 설명은 "업무 만족을 위해, 변호사들은 광고를, 학생들은 교내 면접을 무시해야한다."[292]라는 제목의 칼럼을 읽어봐야 한다.

유능한 대리를 위한 기술

"전문적인 능력이 목적이라면, 많은 젊은 변호사들이 고객의 송무를 처리하기 위

291) On Campus Interviewing System (OCI)
292) http://profdev.lp.findlaw.com/column/column15.html

한 완전한 책임을 질 때 필요한 기술과 가치가 부족하다는 문제를 가지고 있는 것이 현실이다. 활동을 위한 새로운 변호사들의 준비를 향상시키기 위해서는 많은 것들이 남아있다." - 맥크레이트 보고서, p.266

"상대적으로 적을 수의 학생들만이 전문기술연수교육의 완전한 제공에 노출되어있다. 위원회는 대다수의 졸업생들이 로스쿨에서 네 가지 이하의 기술연수교육(모의기술교육, 클리닉, 인턴십 등) 만을 경험했다는 것을 밝혀냈다. - 맥크레이트 보고서, p.240

대부분의 로스쿨이 학생들을 법률 실무를 위해 준비시키는 데 실패하고 있다는 사실을 합리화하기 위해 내포한 가정은 훈련과 멘토링은 졸업 후 로펌 직원들에 의해 제공될 것이라는 것이다. 몇몇 대형 로펌에서 아직 시행되고 있을 수는 있지만, 개인 대리는 주로 공익 분야, 사익 분야 관계없이, 내부 훈련과 감독이 아닌 즉각적인 책임이 규칙인, 중소형 로펌에서 이루어지고 있다.

선택지 인식의 필요성

"당신의 선택지를 알지 못한다면 당신의 관심과 가치를 아는 것은 충분하지 않다. 그들(학생들)은 그들이 받은 법률 훈련을 이용할 수 있으며 자신의 전문적인, 개인적인 목표를 유지할 수 있는 직업을 찾을 수 있는 광범위한 영역들과 변호사는 전통적이거나, 비전통적인 직업 선택의 기회들과 친숙해야 한다는 사실을 알지 못한다." - 맥크레이트 보고서, p.220

"자주 듣는 불만 사항 중 하나는 로스쿨이 개인에게 법률 서비스를 제공하려는 변호사들의 필요보다 회사분야의 실무에 들어가는 변호사들의 필요에 맞추어 학생들을 준비시킨다는 것이다." - 맥크레이트 보고서, p.47

학생들은 변호사들 중 49%가 개인 사무실에서 일하고, 65%가 5인 이하의 로펌에서 일하며, 작은 회사에서 일하는 것이 대형 로펌에 "들어가지 못했다"는 것을 의미한다는 것이 신화라는 사실을 알 필요가 있다. 대형로펌에 들어갔다고 하더라도 그곳에서 계속 경력을 쌓을 가능성은 낮으며 다양한 환경에서 일하는데 필요한 기술을 개발할 필요가 있다는 사실을 알아야 한다. 그들은 환경법이 쇼핑센터 개발자들의 습지문제 따위에만 제한된 것이 아니라 유독성 쓰레기 폐기로 인해 고통 받는 아이들을 대리하는 회사에도 적용되는 것이라는 사실을 알아야 한다. 또한 법률 실무는 소송과 관리, 교육 등을 통해 훈련된 지식을 이용하는 수천가지의 기회를 포함하는

것이라는 사실을 알아야 한다.

과 부담 된 로스쿨 업무의 영향

법률 실무에 필요한 가치와 기술을 가르치는 데 실패하는 것과 함께, 로스쿨은 요구되는 커리큘럼을 마치는 기간 동안 터무니없이 많은 양의 업무를 부담한다. 학생들은 그들이 필요한 거의 모든 것을 1학년 때 배웠으며 클리닉 경험을 쌓기 위해 학교를 떠나지 않는 다면 남은 2년은 지루하다는 의견을 표현해왔다. 다수는 로스쿨의 3년의 기간의 필요성에 대해 의문을 가진다.

막대한 빚은 학생들에게 큰 부담을 안기고, 그들이 단순히 대출금을 갚기 위해서는 높은 연봉이 필요하다는 믿음 때문에 자신의 개인적인 가치와 전문적인 목표에 반하는 직업을 가지는 생각을 갖게 만든다.

요약 및 앞으로 해야 할 일 - 학장에게 필요한 정보 공개 청구하기

불행하게도, 대부분의 학생들이 전문가로서의 가치와 그들에게 필요한 기술, 다양한 선택지에 대한 인식, 직업과 빚을 모두 만족시킬 방법을 찾는 법에 대한 지식 없이 로스쿨을 졸업한다.

이러한 질 낮은 교육 커리큘럼은 매년 수 천 명의 학생들이 진정으로 자신의 도움을 필요로 하는 사람들을 돕겠다는 희망과 꿈에서 벗어나도록 만든다. 결과적으로 그들은 수백만의 사회 구성원들이 끊임없이 법률 서비스를 얻지 못하는 동안, 나의 고객들의 보통의 특징- 선택의 여지없이 갇혔다는 믿음과 동반하는 낮은 자신감과 자존감, 자부심, 자신의 가치에 대한 낮아진 평가로 결합된 불행과 좌절 -을 보여주게 될 것이다.

나는 학교의 National Lawyers Guild 지부를 통해 로스쿨 학장에게 아래의 정보에 대한 요구서를 제출하기를 제안한다.(당신이 적절하다고 생각하는 대로 편집해서). 이는 당신이 일상에서 중대한 개인적 이슈를 가진 개인을 대리할 때에 필요한 기술과 정보 중, 학교가 제공하고 있는 범위를 알 수 있도록 도와줄 것이다. 예를 들면, 당신의 학교가 1) 법률 전문가의 근본적인 가치, 2) 근본적인 기술, 3) 법률 실무의 다양한 선택지와 환경, 4) 빚이 직업 선택에 영향을 주지 않게 하는 방법, 5) 만족할만한 직업을 찾고 경력을 계획하는 방법 등을 가르치고 있는지 여부 같은 것이다. 답변을 분석한 후, 지부의 회원들은 로스쿨이 제공하는 법률 교육의 결함과 부족을 해결하기 위한 운동의 우선순위를 정하게 될 것이다. - Ronald W. Fox

정보 공개 청구:

1. **유능함의 경지에 도달하는 것**과 졸업 후 유능한 개인 소송 대리를 위해 준비하는 것

의 중요성을 어떻게 가르치고 있는 지에 대한 자료

2. **정의의 구현하고** “우리 사회의 모든 사람들이 변호사에 의해 완전하고 유능한 전문적인 서비스를 받을 수 있어야 한다”라는 가치를 지켜나갈 수 있는 방법을 어떻게 가르치고 있는 지에 대한 자료

3. **전문성 재고**와 실무 변호사들의 로스쿨 훈련, 교육과정 참여에 관한 자료

4. **자기개발**의 중요성과 자신의 개인적 가치와 전문가로서의 목표와 상응하는 직업을 가져야 하는 학생들의 책무에 대해 학부에서 어떻게 가르치고 지에 대한 자료

5. 로스쿨이 가르치고 있는 근본적인 기술의 목록과 가르치는 기술에 따라 분류된 교과과정에 대한 카탈로그

6. 학생들이 특정한 형태의 실무를 준비하기 위해 들어야 하는 수업에 대해 조언을 줄 수 있는 교직원에 대한 학부의 설명

7. 문제해결능력, 사실 조사, 의사소통, 상담과 변론 방법 이라는 근본적인 기술을 가르치는 교과 과정에 대한 설명

8. 내년의 모든 연수 교과 과정(클리닉, 모의기술교육 등 “수행”하고 평가 받는 기회)에 대한 설명 – 2학년 학생들의 인원과 반별 비율을 기준으로 열거된 모든 가능한 자리와 함께 제시된

9. 졸업 후 개인 사무실을 열 학생들의 인원과 개인 사무실 운영 방법에 대한 교과 과정에 대한 설명

10. 공공의 법률 수요와 법조계의 인구 통계학에 대해 가르치는 교과과정에 대한 설명

11. 대형 로펌, 중소형 로펌 그리고 공익법 영역에서 일하고 싶어 하는 학생들의 각각의 비율

12. 민사, 상사 또는 “개인적 이슈”(이혼, 불법행위 원고, 피고 변호 등)를 가진 개인 대리에 대한 종신 교수들의 경력 기간 – 종신 교수들의 인원, 평균 기간 등이 제시 된

13. 높은 대출금이 직업선택에 끼치는 영향에 대해 학교가 표명한 우려에 대한 문서(특히 공익 서비스에 관심이 있는 학생들에 대한)

14. 높은 대출금 문제를 해결하기 위해 학교가 취한 모든 구체적인 행동들에 대한 문서(대출금 면제 프로그램, 등록금 감면, 시간제, 기간제 직업을 가지고 있는 학생들에 대한 지원 등)

15. 교수진과 임직원에게 단지 대출금을 갚기 위해 대형로펌에 가는 것을 권하는 것의 부적절성을 조언한 문서

16. 학생들의 경제적 계획과 예산에 대해 조언하는 업무만을 맡은 직원의 이름(학자금 대출 사무실의 직원이 아닌 사람)

17. 지난 해 졸업생들의 직업별 분포는 어떠한가?: 대형기업로펌; 중소형기업로펌; 중소형 개인사무소(5인이하); 공익법 로펌; NPO; 기업. 이 분포는 우리 학교가 가르치고, 독려하는 형태와 일치하는가? 아니라면, 이 분포를 변화시키기 위해서 어떤 조치를 취하고 있는가?

18. 교내면접체계에 분배된 경력 교육 예산의 비율과 경력 교육 비율

19. 아래 사항들에 대한 지침: a) 교수진의 업무 시간 중 강의 및 준비, 학생 상담에 분배

된 시간과 연구 및 논문작성에 배정된 시간의 비율 b) 교과 선택에 대한 조언, 인턴 또는 취직에 대한 추천서 작성 등을 통해 학생 등을 멘토링 하고 지도하는 교수진의 의무 c) 종신 재직권 결정에서 강의 능력과 학생 상담이 차지하는 비중
20. 직업 만족도에 대한 설문조사 등에 대한 대응 문서와 졸업생의 직업 만족도를 향상시키기 위한 교과 과정 또는 학교의 변화

법률실무의 대안적인 형태들

나는 법률 실무에 대해 한마디를 하고자 하며, 그 메시지는 단순하다: 기업과 경영에 집중한 직업에 대한 매력적이고 가치 있는 대안들은 존재한다. 나는 요즘 로스쿨에 너무나 자주 돌고 있는 메시지에 대해 불쾌감을 느낀다. 기업 관련 일들은 가장 흥미롭고 도전적으로 여겨지는 동시에, 가난한 사람들, 노동자 또는 환경을 위한 일들은 무료하거나 좋은 일을 하려는 사람들을 위한 것으로 치부되는 것 말이다. 나에게는 정 반대가 진실이다. 다른 여러 가지 선택지가 있지만, 나는 시민권과 시민적 자유를 주로 다루었던 작은 법률 사무실에서 일하는 나의 경험에 초점을 맞추려고 한다.

나는 지난 13년간 필라델피아에서 두 세 명의 변호사와 한명의 법무사[293], 한명의 사무원으로 구성된 사무실에서 일해 왔으며, 우리는 업무가 가능한 한 우리의 신념과 최대한 일치하도록 하기위해 노력해 왔다. 나는 법률교육을 받고 자격이 있는 사람이라면 누구나 가능한 것이라고 생각한다. 우리는 언제나 성공하지는 않았다; 타협과 어려움은 존재하며, 모든 것이 완벽할 수는 없다. 그러나 우리는, 그리고 주로 NAtional Laweyers Guild을 구성하는 다른 이들은 이를 따르는 것이 가능하다는 사실을 알게 되었다.

당신의 이상과 보다 나음을 이루려는 마음은 보다 나은 삶을 가져오게 될 것이다. 생존에 대해 말하는 것이 아니다. 편안한 중산층의 생활을 말하는 것이다. 사람들은 변호사에게 엄청난 양의 돈을 지불한다. 변호사 실무에 대한 적당한 비용을 청구하고, 많은 돈을 버는 것은 어렵지 않다. 처음 일을 시작 했을 때, 우리는 주로 반전과 시민권, 시민적 자유에 관한 일을 다루었지만, 우리는 즉시 돈을 벌 수 있는 일은 합의이혼을 다루는 것이라고 생각했다. 우리는 어떻게 이혼 실무를 다루는지 공부했고, 주변 사람들의 이혼을 마무리 짓는 일을 했다.[294] 우리가 청구한 비용과 법무사를 두

293) 로스쿨 졸업 후 3년간, 나는 국선 변호인으로 일했기 때문에 나와 내 파트너는 사무실을 시작하기 전에 실무 변론 경험을 갖고 있었다.
294) 펜실베니아 법은 퀘이커 교의 영향을 받아왔기 때문에, 허가 등 주정부의 관계없이 결혼이 가능하므로, 우리는 그들이 원하는 방식으로 커플들의 결혼의 법적인 효력을 발생시키는 일을 돕기도 했다.

는 것에 때문에 지역 변호사회와 문제가 발생하기도 했다. 협회는 다양한 법률 서비스에 대한 수임료의 권장 요금 기준을 두고 있었고, 우리가 더 낮은 수임료를 받는 것을 반기지 않았다. 내가 기억하기론, 1971년의 합의이혼에 대한 권장 요금은 600달러 정도였으며 상담, 서류 작성, 형식적인 구두변론에 참석하는 것 등에 대한 것이었다. 우리는 300달러를 청구하였다. 우리의 고객들은 적절한 비용을 지불하였고, 우리는 우리가 원하는 일을 추구하는 동안 합리적인 수입을 얻을 수 있었다.

나는 이 일은 구하기 힘들지만, 젊은 변호사들과 학생들이 보다 창의적이 될 수 있게끔 한다는 것을 알게 되었다. 이 일을 시작하는 방법은 다양하다. 처음 시작할 때, 우리는 우리가 알던 형법을 다루는 로펌에 찾아 갔고, 사무실에 붙어 있던 방 하나를 임대할 수 있는지를 물었다. 그들은 방을 매우 기쁘게 빌려주었다. 그들은 그들이 하는 일과 다르지만, 좋아하는 이상이었던, 우리가 하려던 일을 좋아했기 때문이다. 그들은 우리가 사무실을 차릴 수 있을 때 까지, 방을 매우 낮은 가격으로 빌려주었다. 우리는 또한 그들의 서재와 복사기도 이용하였다. 나는 전혀 힘든 것이 없었다고 말하는 것이 아니다. 우리가 돈이 없을 때도 있었지만, 대부분의 로스쿨과 법조계에서 묘사되는 만큼 힘들지는 않았다. 우리는 주로 전화가 울리는 일을 상상하는 것이 힘들었다. -누가 우리에게 전화를 할까? - 그러나 누군가는 했다. 우리는 대부분의 사람들이 변호사를 선택할 때, 주변인이나 다른 변호사의 추천을 기반으로 한다는 사실을 알게 되었다. 사람들을 존중과 관심을 가지고 대하며, 리서치와 법정 변론에서 성실하고 유능하게 하는 등 일을 잘 해낸다면, 고객은 당신을 추천한다.

게다가, 이는 나에게 삶을 사는 보다 나은 방법이다. 물론, 모두에게 더 낫다고 할 수는 없지만, 예를 들어 핵무기 경쟁에 반대하거나, 작업장에서 유독성 물질을 표시하기 위한 일을 하기 위해 조직을 만든 사람들과 이야기를 나누는 것에 보다 많은 시간을 보내는 것이 좋았다. 나는 원래 이런 사람들을 좋아한다; 그들은 흥미롭고, 그들이 관심을 가지고 하는 일들은 나에게 중요하며, 그들은 같이 식사를 하는 것은 즐겁다. 나는 탈세방법을 찾아 주기를 원하는 기업 경영진을 만날 바에는, 이런 사람들과 이야기하고 협력하는 것에 내 업무시간의 대부분을 쓰는 것이 낫다고 생각한다. 나는 탐욕을 좋아하지 않으며, 이미 충분히 부유한 사람이 탈세 방법을 찾는 일을 흥미롭거나 중요하다고 생각하지 않는다.

내가 다닌 로스쿨에서 많은 사람들은 그들이 정말 관심 갖지 않는 일을 해야만 한다고 생각했다. 그들은 높은 지위나 수입을 위해, 때로는 아무런 생각 없이 이러한 일들을 했다. 이는 요즘 대부분의 학생들의 동기로 보이지만, 그 길을 따르는 사람들

은 별로 행복해 보이지 않는다. 법률 실무 그 자체는 사실 별로 흥미롭지 않다. 나는 취미로 법률 실무를 하는 사람에 대해 한 번도 들어보지 못했다. 엄청난 양의 서류 작업과 압박이 있으며, 지루하고, 많은 시간을 요하며, 가끔씩은 좌절하게 만들기도 한다. 판사의 의견은 진실과 근거를 포함하고 있는 것처럼 보이지만, 우리는 가끔 판사가 우스운 영예를 받아들일지 여부에 대해 알 수 없다. 실무는 신나거나 재미있을 수도 있다; 그러나 몇 년간 일을 하다 보면, 그리고 당신에게 의미 있는 목표가 없다면, 지속하기 힘들다.

그래서 나는 대안적인 법률 실무가 재미있다고 생각한다. 이는 보다 흥미롭고 도전적이며, 당신은 비중 있는 사회문제를 다룰 수도 있고, 당신이 관심을 가지는 사람이나 집단에게 실질적인 도움을 제공할 수 있다. 나는 죄책감 때문에 이 일을 해야 한다는 것이 아니다. 나에게, 이는 단지 어떻게 살아야 하는 지에 대한 질문이며, 자신의 삶을 지배하는 일이다. - David Kairys, Guild 변호사, 필라델피아 템플대 법학교수, 진보적인 비평지인 '법의 정치학' 필진. 조지 워싱턴 법률 리뷰 52호(1984)에 실린 글을 옮긴 것임.

이것은 세상을 구하는 것과 영혼을 파는 것 사이의 선택이 아니다

로스쿨은 매우 비싸며, 이 글을 읽는 모든 사람들이 알고 있다.

당신이 훌륭한 사립 로스쿨을 다니든, 법조인을 대량 생산하는 좋은 국립 로스쿨을 다니든, 당신은 그 기득권을 얻기 위해 엄청난 돈을 쓰고 있다. 당신은 다행히 그 돈을 빌렸을 것이며, 졸업까지의 엄청난 빚을 바라보고 있거나, 절실하게 이를 회피하고 있을 것이다.

당신은 아마 당신의 학위를 이용해 좋은 일을 하려는 생각을 갖고 로스쿨에 갔을 것이다. 당신은 누가 그 호화로운 옷과 스포츠카를 살 것인지에 대한 생각도 없이 로스쿨이 부유한 삶을 향한 탄탄대로가 될 수 있을 거라고 생각한 사람들 중 한명이 되려고 하지 않았다. 당신은 변화를 만들려고 했다.

그러나 경제적인 현실은 당신의 목을 조르고, 당신은 다른 생각을 하고 있다. 어떻게 그 빚을 갚을 것인가? 변호사가 얼마나 버는지 알고 있는가? 이는 해가 뜨기도 전에 당신을 일어나게 만드는 충동구매의 후회 같은 것이다.

포기하기는 이르다

라면만 먹어야 하는 가난한 삶을 살지 않으면서도 세상의 변화를 이끌어 낼 수 있다. 좋은 통찰력과 조금의 희생을 감수하는 마음만 있다면, 당신의 이상을 포기하지 않고도 대출금을 갚을 수 있다.

진보적인 학생들 중 많은 수가 대출금을 갚고 나서 그들이 진짜 원하는 공익법 활

동을 하기 위해 기업로펌에 가서 몇 년간 일 할 것이라고 생각한다. 그러나 황금새장은 빨리 닫히고, 기업의 연봉으로 얻을 수 있는 화려한 삶은 매우 편안해 질 것이다. 금새, 편안함은 필요가 된다.

어떤 이들은 그들은 고임금의 기업 마차를 타지만, 그들의 진보적인 근육을 무료변론 업무에 쓸 것이라고 말한다. 이는 매력적인 착각이지만, 그럼에도 착각이다. 100,000 달러 이상으로 시작하는 연봉은 그에 비례해 요구되는 근무시간이라는 가격표가 붙어 온다. 회사가 당신이 원하는 무료변론 같은 일을 맡긴다고 가정해도, 주당 40시간이상을 일해야 한다면 공익법 활동을 위해 남은시간은 많지 않다.

여전히 선택지는 있다

진보적인 변호사들에게 이런 함정 없는 선택지들은 존재한다. 모든 회사가 "권력"을 위한 도구는 아니다. 사실, 많은 수가 고용 관련법과 노동법, 환경법, 범죄인 변호, 시민권 등과 같은 진보적인 일들에 헌신한다. "구급차 추격자"라고 오랫동안 비난받은 민사 상해 관련 회사라고 할지라도, 보험 회사가 소송서류의 원고만 살짝 바꿔 부정한 수익을 얻는 것을 생각한다면 "로빈 훗" 같은 가치를 가지고 있다.

또한 이런 사건들을 다루는 회사들은 당신이 정말 원하는 무료변론을 더 많이 맡기는 경향이 있다. 당신은 사회적 관심이 적은 동료들이 받는 것 보다 적은 돈을 받겠지만, 괜찮은 생활을 유지하며 보다 많은 실질적인 경험을 얻게 될 것이다.

당신이 국가 기관에서 일하는 것에 반감을 가지지 않는다면, 이는 국가 시스템 내에서 사람들의 권리를 보호하거나, 기업에 대한 규제를 강화하는 일을 할 수 있는 기회로서 존재한다. 국선 변호인 사무실은 엄청난 저임금이지만, 민사 실무에 쉽게 적용될 수 있는 질 높은 경험을 제공한다. 환경보호국(EPA)나 증권거래위원회(SEC), 연방거래위원회(FTC) 등과 같은 규제 위원회들은 존재하는 규제를 강화하거나, 개정을 제안하기 위해 변호사들을 필요로 한다.

노동관계위원회(NLRB)나 고용평등위원회(EEOC)와 같은 행정부처의 기관들은 피고용자의 권리를 옹호하기 위해 변호사들을 필요로 한다. 검사라 할지라도 미국 검찰청의 화이트 컬러 범죄 전담반에 들어간다면, 정치적으로 진보적일 수 있다. 어떤 주 검사들은 법률가들의 감독을 필요로 하는 대안 프로그램을 만듦으로써 과밀한 교도소의 문제를 해결하려고 노력하기도 한다.

비영리기구나 사회단체들은 적은 예산으로 운영되어야 하므로, 변호사들에게 생계유지를 위한 임금 이상을 제공하지 못한다. 그러나 그들 역시 민중의 변호의 선봉에 있다. 임금은 검소하게 살아야 하는 수준이지만, 그 일들은 당신을 불편한 마음 없이

잠들 수 있게 할 것이다.

많은 사람들이 학위와 함께 대출금 상환 장부를 받으며 졸업하는 현실은 부인할 수 없다. 그러나 로스쿨에 다닐 수 있게 해준 대출금이 우리가 애초에 로스쿨에 오도록 영감을 준 일들을 추구하는 것을 가로막아서는 안 된다. - Dave Saldana, 2000년 USC 로스쿨 졸업, Van Bourg, Weinberg, Roger & Rosenfeld의 노동조합에서 근무

자기 자신의 공익법 일자리를 만들기

로스쿨에 처음 들어왔을 때, 나는 졸업 2년 후, 기금 모금이 나의 가장 훌륭한 기술이 될 것이라고 상상하지 못했다.

얼마 있지 않은 공익법 관련 일자리를 위해 경쟁하는 것은 매우 어려울 수 있다 - 특히, 막 졸업한 사람에게는. 그러나 공익 활동에 투자되는 현재의 자원들이 아직 공동체의 수요를 충족하지 못하므로, 학생들은 스스로 기금을 찾아 일을 하는 것이 무엇보다 효과적인 길이라는 사실을 인식해야 한다. 기금 모금은 바로 내가 하고 싶었던 일인 의료 서비스 접근권에 관련된 조직을 만들 수 있게 해주었다.

학생들은 자주 존재하는 일자리를 향한 높은 경쟁력 때문에 공익법 활동을 선택하는 것을 겁낸다. 내 조언은 : 수요를 찾고(우리 모두는 이들이 주위에 많다는 것을 안다.), 노력에 집중하고, 수요를 충족시킬 방법을 생각하고, 당신의 편을 찾고, 당신의 관심사가 그들의 관심사임을 알리고, 연합을 조직하라는 것이다. 최선을 다하라 - 당신은 열정으로 주변사람들을 인상 깊게 할 것이며 당신이 가장 잘 할 수 있는 일을 배울 기회를 확장시킬 수 있을 것이다. 당신이 하고 있는 일에 소질이 있다면, 많은 사람이 당신을 채용하고 싶어할 테지만, 그들은 돈이 없을 것이다. 당신의 첫 번째 임무는 존재하는 단체들이 그들의 활동범위를 넓혀 당신을 채용할 수 있는 돈을 모으는 것이다. 이 전략은 나와 Health Access에게는 통해왔다.

우리가 공식적으로 함께 Health Access를 운영하게 되었을 때는 내가 로스쿨을 졸업한지 일 년도 채 되기 전이었다. Health Access는 캘리포니아에서 발생하는 환자 치료거부를 막기 위한 주 전체의 시민들의 노력에서 탄생한 연합이다. 나는 졸업 전 2년간 이 활동에 참여해 왔었다. 미보험 환자에 대한 응급실에서의 위험한 이동에서부터 의료접근권이 거부되는 포괄적인 문제까지.

단일화에 자극받고, 환자 치료거부 운동에 의해 이후의 추진력이 탄생하고, 공공활동가들의 조직적인 비호아래, 운동의 핵심 구성원들은 샌프란시스코의 공익법 로펌 바탕의 Health Access를 만들어 냈다. 우리는 원로, 조합, 의료 활동가, 정책 전문

가, 시민권 단체, 소수자 모임들, 의료계 종사·제공자, 풀뿌리 조직들을 연합하였다. 나는 활동 디렉터로 일을 시작해서 몇 달 후 대표로 선출되었다. 현재 우리는 직원들을 두고 있고, 회원 단체들과 자원봉사자, 학생들의 많은 도움을 받고 있다.
- Maryann O'Sullivan, Health Access의 대표, 샌프란시스코

memo

memo

memo

memo

공익변호사그룹 공감

▶ 공익변호사그룹 '공감(共感)'은

국내 최초로 비영리로 운영되는 공익변호사들의 모임입니다. 2004년 1월 아름다운재단의 공익변호사기금을 재정기반으로 하여 설립되었으며, 현재 7명의 변호사와 2명의 간사가 공익법활동을 전업으로 하여 상근 활동하고 있습니다.

공감의 지향

1. 소수자 인권보장 및 인권의 경계확장

소수자, 사회적 약자의 구체적 인권을 보장하고, 인권환경의 제도적 개선을 통해 우리 사회 인권의 경계를 확장하고자 합니다.

2. 변화를 지향하는 법적 실천

우리 사회의 적극적인 변화가 모색되는 다양한 지점에서 법률 전문가로서의 가능한 실천들을 함께 하고자 합니다.

3. 공익법활동의 활성화

'법'을 인권보장과 사회변화를 위한 열린 도구로 기능하게 하는 활동들을 '공익법활동'으로 공유하고 확산시키고자 합니다.

공감이 하는 일

1. 공익단체법률지원 및 법률교육

소수자와 사회적 약자의 인권옹호와 권익향상을 목적으로 하는 공익단체에 변호사를 지정하여 단체운영과 행정에 관련된 법률적 자문과 사업관련 법률활동(법률 제·개정, 소송, 제도와 정책 연구 등)을 지원하고, 실무자 법률교육 및 법률매뉴얼 제작 작업을 진행합니다.

2. 공익 소송과 제도개선

소수자와 사회적 약자에 대한 반복적인 인권침해 및 차별적 관행, 우리 사회의 공익에 반하는 불합리한 제도와 이로 인한 피해에 대해 법률자문·소송대리 등을 지원하고, 법·제도의 개선을 이루어내기 위한 활동을 합니다.

3. 공익법활동 프로그램 개발 및 공익활동 중개

변호사들이 참여할 수 있는 공익활동 프로그램을 개발하고 공익활동을 중개하여 변호사와 공익단체와의 네트워크를 구축하여, 공익단체에 대해서는 지속적인 법률지원을, 변호사들에게는 개개인의 여건에 맞는 적절한 공익활동의 기회를 제공합니다.

4. 연구 및 조사

소수자, 사회적 약자의 인권보호와 변호사 공익활동 활성화를 위한 법·제도·정책에 대하여 조사·연구를 진행합니다. 변호사의 공익활동에 관한 외국의 운용사례를 연구하여 국내 공익법활동에 적용하고, 공익활동의 범위 확대를 위해 인턴쉽과 펠로우쉽을 운영합니다.

공감의 활동영역

1. 여성인권

성폭력·성매매·가정폭력 등의 피해를 입은 내·외국인 여성의 인권옹호를 위한 법률자문·소송지원·법률교육 등을 지원합니다. 또한 여성의 인권보호·복지증진·사회참여를 위한 법제도 개선 활동 및 연구조사활동을 진행합니다.

2. 장애인권

장애인에 대한 차별과 인권침해를 예방하고 권리를 구제하는 활동을 합니다. 특히 장애인차별금지법 시행에 따른 자문과 소송지원 및 법률교육, 정신장애인 인권을 위한 법제개선활동 및 인권교육 등을 통하여 우리 사회에서 장애인이 비장애인과 더불어 차별없이 살아가는 세상을 만들기 위해 노력하고 있습니다.

3. 이주와 난민

이주노동자들에 대한 차별과 인권침해를 예방·구제하는 활동을 진행합니다. 특히 출입국과 과련하여 단속·보호·강제퇴거 절차상의 인권 보호를 위한 활동과 난민신청자들이 적절하고 투명한 절차를 통해 심사를 받고, 안정적으로 정착할 수 있는 제반 여건이 마련될 수 있도록 지원합니다.

4. 빈곤과 복지

노숙인, 도시빈민 등 빈곤계층에 대한 법률상담 및 소송지원, 법제도 개선연구를 합니다. 아울러 아동, 청소년, 노인 등 사회적 약자의 인권옹호 및 권익향상을 위해 노력하는 시민단체에 대한 법률지원과 함께 법률매뉴얼 제작, 법률교육 및 사회보지시설의 인권문제에 관한 상담, 실태조사에도 참여하고 있습니다.

5. 주민자치

풀뿌리민주주의를 실현하기 위해 주민들의 참여를 활성화하기 위한 제도들을 연구하고, 지역의 시민사회단체 및 주민들의 참여활동들을 지원하고 있습니다. 주민발의·주민감사·주민투표·주민소송·주민소환 제도 활용에 대한 법률자문, 법률교육 및 매뉴얼작업, 소송지원 활동을 진행하고 있습니다.

6. 국제인권

국내 인권상황과 관련된 국제인권법 및 외국법 연구조사, 유엔인권시스템의 활용,

국제적인 공익변호사 네트워크의 강화 및 공동활동, 국제적 인권문제에 대한 직간접적인 개입 등의 활동을 합니다. 특히 실천거인 연구조사와 관련 네트워킹을 통해 다양한 단체들과 함께 활동하고 국내외적 인권상황의 개선에 기여하고자 노력합니다.

7. 공익법 일반

성소수자, HIV/AIDS 감염인 등 사회적 소수자의 차별과 인권침해에 대한 대응과 법제개선운동, 공익제보자의 보호 및 지원활동, 해외 한국기업 감시활동 등 우리 사회의 변화를 위한 다양한 실천들을 함께하고 있습니다.

8. 공익법 교육·중개

공감은 변호사, 대학생 들이 참여할 수 있는 공익활동 프로그램을 개발·중개하고, 공익단체와의 네트워크를 형성하여 공익법활동을 활성화하고자 합니다. 공감은 특히 대학생들을 대상으로 인턴쉽제도와 인권법 캠프 등을 진행하며, 로펌이나 변호사가 공감의 활동에 재정지원 또는 직접 참여하도록 하거나 공익단체를 중개하여 공익법 활동을 할 수 있도록 지원합니다.

공익변호사그룹 공감은 아름다운재단의 '공익변호사기금'을 재정기반으로 하여 활동하고 있습니다. 비록 한 사람의 나눔으로 할 수 있는 일은 작지만, 그 한 사람 한 사람의 작은 마음들이 모이면 세상을 바꾸는 큰 힘이 될 수 있습니다.

서울시 종로구 원서동 158-1번지 3층 (전화) 02-3675-7740
(이메일) gonggam@gmail.com (홈페이지) www.kpil.org
(후원계좌) 하나은행 162-910001-07637 예금주:아름다운재단


공감
공익변호사그룹