

# 제5회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방법변호사회

## 인 사 말



안녕하십니까?

서울지방변호사회 회장 김정욱 변호사입니다.

우리회는 변호사의 공익활동 참여 기회를 확대하고, 보다 적극적이고 체계적으로 공익활동을 수행할 수 있도록 지원하고자 산하에 프로보노 지원센터를 설립하여 운영하고 있습니다.

현재 프로보노지원센터에서는 법률지원 매뉴얼 제작 및 강연회, 프로보노 라운드테이블, 세미나 개최, 공익전업변호사 양성사업, 공익활동 중개 등 다양한 활동을 하고 있습니다. 특히, 사회 각 분야에서 공익·인권을 증진시키기 위해서는 제도 및 정책 등의 근본적인 변화가 필요하다는 것을 인식하고, 현 구조의 문제점에 대한 고찰과 이를 보완할 방안에 대해 연구하고자 하는 회원들을 재정적으로 지원하는 ‘공익·인권 분야 연구활동 지원사업’을 진행해오고 있습니다.

이번에 진행한 ‘제5회 공익·인권 분야 연구활동 지원사업’에는 총 13팀이 참가신청하였고, 엄격한 심사를 통해 최종적으로 5팀을 선정하였습니다. 신수경 변호사 외 4인 팀은 ‘취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 법적연구’를 주제로, 이주언 변호사 외 3인 팀은 ‘장애인 차별금지법상 차별구제청구소송에 관한 실무상 문제점’을 주제로, 이택건 변호사 외 3인 팀은 ‘아동 최상의 이익의 원칙에 따른 출입국행정 구현을 위한 연구’를 주제로, 김도희 변호사 외 5인 팀은 ‘비인간동물의 법적 지위와 보호방안’을 주제로, 서유진 변호사 외 2인 팀은 ‘트라우마 인지 변호 실무에 대한 이해 및 적용 방법’을 주제로 연구를 진행하였습니다.

올해는 보다 다양한 분야의 주제들로 심층적인 연구가 이루어진바, 공익·인권 연구에 대한 열정을 가진 변호사님들의 적극적인 참여로 완성된 소중한 연구 결과를 회원 여러분과 공유하고자 ‘제5회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서’를 발간하게 되었습니다.

본 사업에 참여하여 연구에 힘써주신 연구팀 분들께 감사의 말씀을 드리며, 이를 계기로 공익·인권 활성화를 위한 활동뿐만 아니라 관련 법령의 제·개정, 정책 제언 등 이론적인 연구 또한 더욱 활발히 이루어지기를 바랍니다.

또한 더 많은 회원분들께서 공익·인권 분야에 관심을 갖고 참여할 수 있기를 바라면서, 우리회는 앞으로도 사회 각 분야에서 인권 및 공익의 증진을 위하여 적극적인 연구 활동을 펼치는 회원님들을 응원하고, 지원할 수 있도록 노력하겠습니다. 감사합니다.

2021년 7월

서울지방변호사회장 **김 정 욱**

## “공익·인권 분야 연구활동 지원사업” 개요

### 1. 취지

사회 각 분야에서 공익·인권이 더욱 획기적으로 증진되기 위해서는 그 구조를 형성하는 제도 및 정책 등의 변화가 필요한 바, 공익·인권의 관점에서 현재 시행 중인 법령 또는 제도 개선 방안 등을 연구하고자 하는 회원을 지원하는 ‘공익·인권 분야 연구활동 지원사업’을 2016년부터 시행하고 있음.

### 2. 참가대상 : 서울지방변호사회 회원

### 3. 지원부문

- 공익·인권 관련 법령 제·개정에 대한 연구
- 공익·인권 관련 정책 제안 또는 제도 개선 방안에 대한 연구
- 국외 인권 환경 및 제도, 판례 등에 대한 연구
- 기타 공익·인권 향상을 위한 각종 이론적·실무적 연구

### 4. 제출서류 : 신청서 및 연구계획서

### 5. 진행일정

구분	날짜	비고
모집 공고	2020. 8. 10. ~ 10. 5.	서울지방변호사회 프로보노지원센터 홈페이지 게시 전 회원 이메일 공지
심사 기간	2020. 10. 14. ~ 10. 27.	1차 심사 : 프로보노지원특별위원회 2차 심사 : 상임이사회
결과 발표	2020. 10. 30.	선정 회원에게 개별 연락
연구 중간보고서 접수	2021. 1. 15.	제출한 중간보고서는 프로보노지원특별위원회에서 검토 후, 연구자에게 보완 요청
연구 최종보고서 접수	2021. 3. 31.	

## 6. 선정팀 및 선정이유

연구팀	연구 주제	선정 이유
김도희 변호사 외 5인	비인간동물의 법적 지위와 보호방안 -고래와 동물원수족관법을 중심으로-	수족관에서 전시체험에 동원되고 있는 돌고래의 경우 패혈증, 폐렴 등과 같은 질병과 정형행동, 자학 등 이상행동을 보이는 경우가 많이 발생하고 있으나, 현행 동물원수족관법, 야생동물법 등은 모호하게 규정되어 있음. 이에 수족관 돌고래들의 생명과 복지, 권리 보호를 위해 관련 법령들이 나아갈 방향을 구체적으로 제시하고 동물권에 기반한 동물사법이 나아갈 방향을 전망하고자 하는 본 연구는 해양동물 분야에 대한 새로운 영역의 연구라는 점에서 차별성이 있고, 동물원수족관법 등의 법령 및 정책 개선을 통해 동물에 대한 권리 향상에 기여할 수 있을 것으로 보임.
서유진 변호사 외 2인	트라우마 인지 변호 실무에 대한 이해 및 적용 방법	본 연구는 미국의 트라우마 인지 변호활동을 연구하여 국내에 개념을 소개하고, 이를 실행할 수 있는 방법을 연구하고자 함. 이를 통해 트라우마를 가진 의뢰인들을 변호할 때 의뢰인을 존중하며 상담할 수 있는 환경을 조성하도록 체크리스트를 만들고, 의뢰인으로부터 변호인들이 받는 영향을 최소화하는 효과적인 방법을 연구하여 실질적으로 사용 가능한 매뉴얼을 발간함을 목표로 한다는 점에서 목표가 구체적이며 연구결과가 공익을 위해 실질적으로 활용 가능성이 충분하다고 보여 선정함.
신수경 변호사 외 4인	취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 법적연구	법정대리인의 보호가 충실히 이루어지지 않고 있는 아동·청소년의 경우 법정대리인을 통한 개인정보의 무단 사용으로 개인정보자기결정권에 심각한 피해가 발생하고 있으나 현행 민법, 아동학대처벌법상의 친권, 후견권 제한의 조치들은 사실상 법률적인 조력을 받기 어려운 현실임. 이에 현행 법령 검토를 통해 아동·청소년 개인정보자기결정권 구현의 공백을 확인하고, 개인정보가 활용되는 대표적인 금융기관, 통신업체, 이커머스업체 등의 약관에서 취약계층 아동·청소년의 개인정보 관련 보완조치 여부를 확인하여 보완점을 제안하는 본 연구는 현재 반드시 연구가 필요한 주제라고 보이며, 관련 법률 등에 대한 개정안 마련, 관련 단체 등의 교육자료 활용에도 도움이 될 것으로 보임.

## “공익·인권 분야 연구활동 지원사업” 개요

연구팀	연구 주제	선정 이유
이주언 변호사 외 3인	장애인차별금지법상 차별구제청구소송에 관한 실무상 문제점	포괄적 차별금지법안이 국회에 발의되었고, 위 법안은 장애인차별금지법상 구제조치와 같은 내용을 담고 있음. 기존의 연구가 많지 않은 상황에서 장애인차별금지법상 구제조치 판결을 분석하고 관련 논의를 정리하여 구제조치 활성화를 위해 필요한 것이 무엇인지 파악하고자 하는 본 연구는 장애인의 권리 구제뿐만 아니라 향후 다양한 인권 영역에서 소수자의 권리구제 강화에 기여할 것으로 보임.
이탁건 변호사 외 3인	“항상 외국인, 때때로 아동” 아동 최상의 이익의 원칙에 따른 출입국행정 구현을 위한 연구	법무부의 장기체류 미등록 이주아동의 체류자격 부여 관련 연구, 통합이민법 제정을 위한 기초연구 수행 등 정책의 필요성을 실감하고 있는 지금, 유엔아동권리협약 제3조 ‘아동 최상의 이익의 원칙(아동에게 영향을 미치는 모든 결정에 있어서 아동 최상의 이익이 우선되어야 한다)’에 따라 국내 출입국행정의 한계를 비판적으로 검토하여 현실적인 대안과 법 개정안을 제시하는 본 연구는 매우 필요하다고 생각됨. 또한 연구상의 비판과 대안 제시가 아동최상의 이익의 원칙의 상세요소를 기준으로 하되, 이에 제한되지 않고 국내 상황 및 주요 쟁점에 따라 연구한다는 점에서 연구방법이 구체적이며 체계적이고 설득력이 있다고 판단하여 선정함.

# 목 차

## 01 비인간동물의 법적 지위와 보호방안

- 고래와 동물원수족관법을 중심으로

I. 서론 .....	16
II. 고래류의 특징 .....	18
1. 비인간동물 중 ‘고래류’ 선정 이유 .....	18
2. 고래류의 특징 .....	18
III. 해외사례 .....	24
1. 국제조약 .....	24
2. 캐나다 .....	26
3. 프랑스 .....	27
4. 미국 .....	28
IV. 해양포유류에 관한 국내법의 현황 및 실태 .....	32
1. 해양포유류에 관한 국내법의 현황 .....	32
2. 국내 돌고래쇼 업장 실태 .....	42
3. 검토 .....	45
V. 제도개선방안 .....	48
1. 비인간동물의 권리주체성 인정 .....	48
2. 수족관에서의 돌고래 학대 관련 제도개선방안 .....	55
[부록]	
1. 아르헨티나 멘도사 동물원 침팬지 세실리아 인신보호청구 판결문 번역본 .....	60
2. 해외 해양포유류 관련 법령 번역본(캐나다, 미국 캘리포니아주, 프랑스) .....	70
〈참고문헌〉 .....	81

# 목 차

## 02 트라우마 인지 변호 실무에 대한 이해 및 적용 방법

<b>I. 서론</b>	<b>84</b>
<b>II. 트라우마 인지 실무</b>	<b>86</b>
1. 트라우마의 이해	86
2. 간접 트라우마의 이해	88
3. 트라우마 인지 실무의 이해	89
4. 외상 후 스트레스 장애의 이해	97
5. 그 외 트라우마 관련 용어 정리	98
<b>III. 트라우마 인지 변호활동 일반론</b>	<b>100</b>
1. 트라우마의 발견	100
2. 변호사-의뢰인 관계 구축	101
3. 소송 전략에의 반영	102
4. 간접 트라우마의 방지	104
<b>IV. 가해자 트라우마 인지 변호</b>	<b>106</b>
1. 일반론	106
2. 청소년	107
<b>V. 피해자 트라우마 인지 변호</b>	<b>112</b>
1. 서론	112
2. 가정폭력	114
3. 성폭력	117
4. 폭력피해 이주/난민의 출입국 행정 및 난민인정심사	120
5. 소결	124
<b>VI. 트라우마 인지 변호 활동 체크리스트</b>	<b>125</b>
1. 일반 체크리스트	125
2. 청소년 분야	126

<b>Ⅶ. 트라우마 인지 변호활동 매뉴얼 .....</b>	<b>128</b>
1. 트라우마 인지 변호활동이란? .....	128
2. 트라우마 인지 변호활동 .....	128
3. 체크리스트 .....	129
<b>Ⅷ. 결론 .....</b>	<b>131</b>
<b>〈참고문헌〉 .....</b>	<b>132</b>
<b>[첨부자료] .....</b>	<b>134</b>
1. 트라우마 인지 변호 활동 질문지_전문가용 .....	134
2. 트라우마 인지 변호 활동 질문지_피해자용 .....	138
3. 트라우마 인지 변호 활동 매뉴얼 3단 리플렛 .....	144

# 목 차

## 03 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 법적연구

<b>제1장 서론</b> .....	<b>148</b>
제1절 연구 목적 .....	148
제2절 연구설계 및 방법 .....	150
제3절 아동·청소년 대상 연구의 윤리적 고려와 특수성 .....	155
<b>제2장 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권</b> .....	<b>158</b>
제1절 개인정보자기결정권 일반론 .....	158
제2절 아동·청소년 개인정보자기결정권의 특수성 .....	162
제3절 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 관련 제문제 .....	167
제4절 아동·청소년 개인정보자기결정권 관련 업계 약관 검토 .....	180
<b>제3장 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 개선방안</b> .....	<b>191</b>
제1절 친권 관련 조치 및 미성년 후견 개시 필요 .....	191
제2절 「개인정보보호법」상 법정대리인 동의 규정의 개정 검토 .....	200
제3절 표준약관 개정 및 기업의 자발적 노력 필요 .....	204
<b>제4장 결론 : 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 침해사안 대응소요</b> ..	<b>206</b>
<b>제5장 결론 및 향후과제</b> .....	<b>213</b>
<b>〈참고문헌〉</b> .....	<b>216</b>
<b>〈설문지 1〉</b> .....	<b>218</b>
<b>〈설문지 2〉</b> .....	<b>225</b>

## 04 장애인차별금지법상 차별구제청구소송에 관한 실무상 문제점

<b>제1장 들어가며</b>	<b>232</b>
제1절 본 연구의 배경	232
제2절 본 연구의 목적	234
제3절 본 연구의 범위, 방법	235
<b>제2장 장애인차별금지법상 차별구제청구소송 제도의 실무상 쟁점</b>	<b>237</b>
제1절 제도 개관	237
제2절 선행연구 검토	239
제3절 전문가에 대한 인터뷰 결과	244
제4절 소결 - 도출되는 법적 쟁점들	251
<b>제3장 장애인차별금지법상 차별구제청구소송 사례 분석</b>	<b>255</b>
제1절 서설	255
제2절 사례 분석	256
<b>제4장 비교법적 검토: 해외의 장애인차별에 대한 차별구제조치청구소송 제도</b>	<b>330</b>
제1절 미국 장애인법(ADA) 개관	330
제2절 미국 장애인법(ADA) 소송 사례 분석	336
<b>제5장 실무상 쟁점들에 대한 검토</b>	<b>355</b>
제1절 차별구제청구권과 차별구제청구소송 일반	355
제2절 차별구제청구소송의 법원과 당사자	362
제3절 차별구제청구소송의 청구취지와 주문	368
제4절 차별구제청구소송에서의 법원의 재량과 실체적 요건의 판단기준	378
제5절 차별구제조치에 관한 조정 및 화해	390
제6절 차별구제조치판결의 효력과 집행	391
<b>제6장 나가며</b>	<b>396</b>
<b>〈참고문헌〉</b>	<b>397</b>

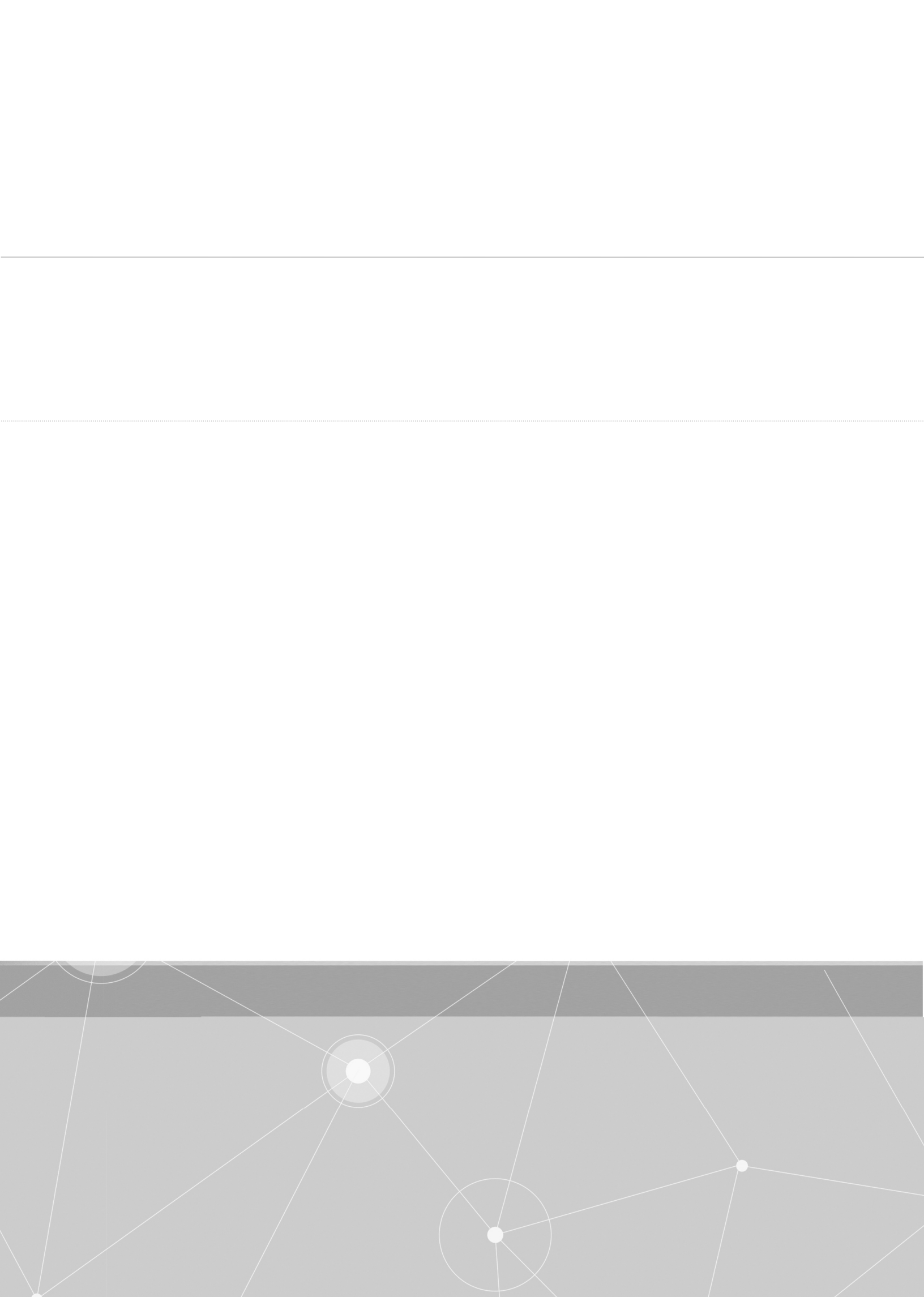
# 목 차

## 05 “항상 외국인, 때때로 아동”

### 아동 최상의 이익의 원칙에 따른 출입국행정 구현을 위한 연구

<b>I. 연구의 목적과 방법</b>	<b>402</b>
1. 연구의 목적	402
2. 연구의 방법	403
3. 기존 연구 및 연구의 필요성	403
<b>II. 아동 최상의 이익의 원칙 개관</b>	<b>404</b>
1. 아동 최상의 이익의 원칙에 대한 국제기준	404
2. 유엔난민기구 및 지역기구의 심사기준	411
3. 출입국 행정과 아동 최상의 이익의 원칙	413
<b>III. 출입국행정에 대한 아동 최상의 이익의 원칙의 해외 적용례</b>	<b>415</b>
1. 영국	415
2. 스웨덴	417
3. 핀란드	418
4. 캐나다	419
<b>IV. 아동 최상의 이익의 원칙의 국내 적용례</b>	<b>421</b>
1. 국내 법령 개관	421
2. 법원 판결	423
3. 국가인권위원회 결정례	426
4. 소결	427
<b>V. 출입국행정에서의 아동 최상의 이익 판단 및 문제점</b>	<b>428</b>
1. 출입국사범 단속	428
2. 구금 및 구금해제	433
3. 강제퇴거 및 출국	438
4. 체류자격의 변경 및 부여	445
5. 장기체류 미등록 이주아동의 체류권 부여	455
6. 처분단계 및 사법절차 중 절차적 권리의 보장	460

7. 난민 관련 출입국처분 .....	466
8. 국적취득 .....	473
<b>VI. 출입국행정에서 아동 최상의 이익 원칙 구현 방안 .....</b>	<b>479</b>
1. 정책 지향점 .....	479
2. 정책 개선 방향 .....	480
<b>〈참고문헌〉 .....</b>	<b>484</b>



# 비인간동물의 법적 지위와 보호방안

- 고래와 동물원수족관법을 중심으로

김도희 변호사(서울시사회복지공익법센터)

권유림 변호사(법률사무소 울담)

송시현 변호사(변호사 송시현법률사무소)

채수지 변호사(법률사무소 백)

최용범 변호사(헌법재판소)

한주현 변호사(변호사 한주현법률사무소)

## I. 서론

보편적 인간의 권리, 즉 인권의 개념은 점차 확장되어왔다. 불과 200여 년 전만 하더라도 노예, 여성, 아동, 장애인 등 과거 인권의 주체인 ‘인간’이 아니었으나 점점 그 범주를 확장하여 현대사법 체계에서는 의심할 여지 없이 권리주체성을 가지게 되었다. 종의 차이라는 인식의 한계가 동물의 권리를 상상하기 어렵게 한다고 보기에는 유색인종, 여성, 아동, 장애인을 ‘취급’하였던 역사를 돌아볼 때 민망한 수준이다. 이에 본 연구에서는 지금-여기가 동물 역시 권리주체성을 획득하기 위한 과도기인 것으로 상정한다.

그 중에서도 법에 한정해 논의를 좁혀보면, 우리 민법에서 동물은 물건으로 취급되고 있지만 동물보호법, 동물원 및 수족관의 관리에 관한 법률(이하, “동물원수족관법”이라 한다), 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률(이하, “야생생물법”이라 한다) 등에서 동물에 대한 학대행위를 규정하여 처벌하고, 서식환경과 생태습성 등을 고려하도록 정하고 있다. 물건(재산)과 생명을 지닌 존재로서의 특별한 지위적 성격을 중첩적으로 지니고 있는 것이다. 그러나 지구에서 인간이 만물을 지배하고 이용하는 것이 더 이상 지속가능하지 않음이 입증되어가고 있는 작금의 현실에서 비인간동물에 대한 권리주체성을 지금보다 더 활발히 논하고 사법체제로 적극적으로 편입하는 것은 더 이상 피할 수 없는 과제라 할 것이다.

본 연구에서는 비인간동물 중에서도 인간과 유사한 수준의 높은 지능을 가진 데 비해 좁은 수족관에 갇혀 전시·체험에 동원되어 학대 받고 있는 돌고래 문제를 살펴보고 그 해결책을 모색하는 과정을 통해 비인간동물의 법적지위와 보호수단으로서 동물사법을 전망하고자 한다. 본문에서 자세히 살펴보겠지만 국내외 유수의 해양포유류 학자와 전문가들은 돌고래가 인간에 가까운 인지능력과 사회성을 갖고 있다고 규명하고 있다. 이에 따라 돌고래에게 특히 인도적인(humane) 조치를 취할 필요성이 높다는 인식이 지배적이며, 최근 각종 자료와 기사에서도 알 수 있듯이 우리 사회의 인식도 점차 이에 가까워지고 있다.

그러나 법과 현실은 그만큼의 인식을 따라잡지 못하고 있는 것으로 보인다. 최근 10년 동안 수족관에 있던 돌고래의 약 50%(29마리/총59마리)가 자연수명을 채우지 못한 채 패혈증, 폐렴 등으로 사망하였다. 이러한 상황에서도 수족관들은 돌고래들을 현저히 좁은 수족관에서 사육하며 돌고래 서핑 체험 프로그램, 돌고래쇼 등을 운영하며 돌고래 학대를 지속하고 있다. 그 결과 남은 돌고래들 역시 정형행동, 자학 등 이상 징후를 보이며, 질병 및 조기 사망의 위험에 처해 있다.

특히, 현행 동물원수족관법, 야생생물법 등(이하, “관련법령”이라 한다)은 수족관 시설기준에 대해 법체계상 맞지 않는 방식으로 모호하게 규정하고 있으며, 현재 시설기준이라고 주장·해석하고 있는 것은 시기상 동물원수족관법 제정 이전의 것이어서 현실에 맞지 않거나, 벨루가(흰고래)와 같이 아예 규정이 존재하지 않거나, 돌고래의 생태 및 습성에 맞지 않는 비좁은 수족관이 용인될 수 있도록 해석의 여지를 둠으로써 많은 문제를 야기하고 있다. 이러한 시설기준은 유럽 등 동물복지 선진국의 기준과 비교해보면 현저히 미치지 못하는 수준이다.

또한 관련 법령들은 동물체험 프로그램 및 동물쇼 등에 대해서도 명시적인 규제 등을 하고 있지 않아 소관기관의 관리·감독이 제대로 이루어지지 못하도록 하고 있으며, 이러한 법령상 미비로 인하여 돌고래들에 대한 학대행위가 제대로 규제되지 않고 있다. 결국 이러한 미비는 돌고래 대량 폐사로 이어지고 있는 실정이다. 참고로 이탈리아, 오스트리아, 덴마크, 이스라엘, 싱가포르 등 많은 나라들이 야생동물이 동원되는 모든 동물쇼를 금지하고 있다. 따라서 가장 시급하게 요구되는 부분으로서, 고래류의 생명과 권리 보호를 위한 관련 법령 개선이 반드시 필요한 상황이다.

본 연구에서는 비인간동물 중 인간에 비견될 정도로 지능 및 사회성 등이 높다고 평가되고 있는 고래류의 특징을 짚어 볼 것이다. 그리고 캐나다, 프랑스, 미국과 국제조약 등에서 고래류를 어떻게 보호하고 있는지 관련 규정과 사례를 통해 알아보고, 고래류 보호 관련 규정, 동물원수족관법 등 국내법 현황과 돌고래 학대 실태를 함께 살펴볼 것이다. 마지막으로 이러한 검토 결과를 바탕으로 하여 비인간동물인 고래류에 대하여 권리주체성과 재판청구권을 인정할 수 있는지 여부 및 이에 필요한 법제도 개선 방향을 함께 도출해보고자 한다.

## II. 고래류의 특징

### 1 비인간동물 중 ‘고래류’ 선정 이유

‘고래류’는 높은 지능을 바탕으로 인간에 비견될 정도의 사고 능력을 가진 것으로 평가받으면서도, 오히려 그러한 특성 때문에 인간의 유희를 위한 각종 전시나 공연에 동원되는 등으로 생존과 안전, 이동의 권리 등을 부정당하는 대표적 동물이다. 최근 국내에서도 고래류의 이러한 권리에 대한 논의가 활발히 이루어지면서, 불법 포획된 후 서울대공원에서 전시되던 돌고래 ‘제돌이’ 등이 방사되는가 하면, 여전히 돌고래를 전시하고 있는 시설들에 대한 사회적 비난이 이어지고 있기도 한바, 본 연구에서는 비인간동물 중에서도 해양포유동물의 한 종류인 고래류를 중심으로 법적 지위와 보호에 관한 논의를 전개하고자 한다.

### 2 고래류의 특징

#### 가. 해양포유류의 정의

해양포유류란 해양 생태계에 적응한 모든 포유류를 의미한다. 법적으로는 「해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률」(이하 “해양생태계법”)이 총 41종의 동물을 지정하여 ‘해양포유동물’로 정의하고 있다(해양생태계법 제2조 제10호). ‘해양포유동물’은 북방긴수염고래 등 35종의 ‘고래류’와, 물개 등 6종의 ‘기각류’로 구분된다. 본 연구에서는 해양포유류 중에서도 고래류를 중심으로 논의를 진행한다.

## 〈해양생태계법 시행규칙 [별표 2] 해양포유동물〉

번호	국명(보통명)	학 명	비 고
1	북방긴수염고래	<i>Eubalaena japonica</i>	고래류
2	귀신고래	<i>Eschrichtius robustus</i>	
3	흑등고래	<i>Megaptera novaeangliae</i>	
4	밍크고래	<i>Balaenoptera acutorostrata</i>	
5	브라이드고래	<i>Balaenoptera edeni</i>	
6	보리고래	<i>Balaenoptera borealis</i>	
7	참고래	<i>Balaenoptera physalus</i>	
8	대왕고래	<i>Balaenoptera musculus</i>	
9	향고래	<i>Physeter macrocephalus</i>	
10	꼬마향고래	<i>Kogia breviceps</i>	
11	쇠향고래	<i>Kogia sima</i>	
12	민부리고래	<i>Ziphius cavirostris</i>	
13	큰부리고래	<i>Berardius bairdii</i>	
14	은행이빨부리고래	<i>Mesoplodon ginkgodens</i>	
15	큰이빨부리고래	<i>Mesoplodon stejnegeri</i>	
16	흑부리고래	<i>Mesoplodon densirostris</i>	
17	뱀머리돌고래	<i>Steno bredanensis</i>	
18	큰돌고래	<i>Tursiops truncatus</i>	
19	점박이돌고래	<i>Stenella attenuata</i>	
20	긴부리돌고래	<i>Stenella longirostris</i>	
21	줄박이돌고래	<i>Stenella coerulealba</i>	
22	짧은부리참돌고래	<i>Delphinus delphis</i>	
23	긴부리참돌고래	<i>Delphinus capensis</i>	
24	낮돌고래	<i>Lagenorhynchus obliquidens</i>	
25	큰머리돌고래	<i>Grampus griseus</i>	
26	고추돌고래	<i>Lissodelphis borealis</i>	
27	고양이고래	<i>Peponocephala electra</i>	
28	들고양이고래	<i>Feresa attenuata</i>	
29	흑범고래	<i>Pseudorca crassidens</i>	
30	범고래	<i>Orcinus orca</i>	
31	들쇠고래	<i>Globicephala macrorhynchus</i>	
32	상괘이	<i>Neophocaena asiaeorientalis</i>	
33	쇠돌고래	<i>Phocoena phocoena</i>	
34	까치돌고래	<i>Phocoenoides dalli</i>	
35	남방큰돌고래	<i>Tursiops aduncus</i>	

번호	국명(보통명)	학 명	비 고
36	물개	<i>Callorhinus ursinus</i>	기각류(鰐脚類)
37	바다사자	<i>Zalophus japonicus</i>	
38	큰바다사자	<i>Eumetopias jubatus</i>	
39	점박이물범	<i>Phoca largha</i>	
40	고리무늬물범	<i>Pusa hispida</i>	
41	띠무늬물범	<i>Histriophoca fasciata</i>	

## 나. 고래류의 특징 및 능력

### 1) 고래류의 일반 생태적 특징

고래류(類)는 포유동물강(綱) 아래 고래목(目)의 다양한 해양포유동물을 총칭하는 단어로, 보통 ‘고래(Whale)’와 ‘돌고래(Dolphin)’로 구분된다. 고래류(이하 ‘고래’)는 몸길이가 1.2m에 불과한 쇠돌고래(Harbor Porpoise)부터 9.5m에 이르는 범고래(Killer Whale)까지 다양한데, 일반적으로 길이가 4m 이상이 되는 것을 ‘고래’, 4m 미만인 것을 ‘돌고래’라 한다. 반면, 학술적으로는 이빨이 없는 ‘긴수염고래’의 아목을 ‘고래’로, 이빨이 있는 ‘이빨고래’의 아목을 ‘돌고래’로 구분하기도 한다.

고래 종류마다 다소의 차이가 있기는 하나, 자연 상태에서의 고래는 30년 이상의 수명을 가지고 있다. 고래는 포유류의 한 종류인 만큼 고래 암컷이 일정한 임신 기간을 거쳐 새끼를 출산하게 되는데, 임신 기간은 사람과 유사하게 12개월 이상에 달한다. 보통 수컷은 8~12세경, 암컷은 5~12세경 생식을 할 수 있고, 2~3년에 1회 출산하여 약 2년 정도의 수유 기간을 가지는 것으로 알려져 있다.

반면, 고래는 입꼬리가 올라가 있어서 보통 행복한 표정을 짓고 있는 것으로 오인되는데, 실제 고래는 얼굴 근육을 전혀 움직일 수 없으므로 이는 해부학적 착시일 뿐이다.

### 2) 고래류의 일반 사고능력 등

고래를 ‘비인간 인격’으로 인정하자는 주장은 고래의 높은 사고능력과 의사소통능력 등에 기반한 주장이다. 고래는 침팬지, 원숭이, 개 등과 함께 지능이 높은 동물 중 하나로 꼽힌다. 실제 큰 돌고래의 경우 두뇌 무게가 약 1,600cc로, 일반 성인 인간의 두뇌 무게인 1,300cc보다 약 25% 정

도 무거운 것으로 알려져 있는데, 개체 크기를 기준으로 뇌 크기를 상대화하여 비교하여도 큰돌고래의 두뇌는 침팬지보다는 훨씬 크고 인간에는 버금가는 크기로 확인된다.<sup>1)</sup>

고래가 인간에 버금가는 언어 학습 및 표현 능력을 가지고 있는 사실 역시 널리 알려져 있다. Herman의 연구에 의하면, 큰돌고래(bottlenosed dolphin)는 ‘단어 순서의 변화’가 ‘의미의 변화’를 가져온다는 것을 이해한다. 연구 결과에 따르면 큰돌고래는 ‘surfboard person fetch’라는 단어는 사람을 서핑보드로 데려가라는 의미인 것을 이해하는 동시에, ‘person surfboard fetch’라는 단어는 사람에게 서핑보드를 가져다주는 의미인 것을 이해하고 그에 알맞은 행동을 하였다.<sup>2)</sup> 큰돌고래는 텔레비전에서 손짓하는 사람들을 처음 보았을 때도, 현실의 손짓하는 사람들에게 했던 것과 같은 방식으로 반응하는 등 이미지화되어 전달된 제스처를 곧바로 이해하였다. 인간을 제외한 대부분의 동물이 텔레비전을 통해 이미지화된 영상을 아예 인지하지 못하거나 인지한다 하더라도 그 의미를 이해하지 못하는 것과는 매우 대조된다. 또한, 큰돌고래는 텔레비전 화면이 실제 세계가 아니라는 것 역시도 함께 이해하였다. 즉, 텔레비전 속 사람이 공중에 공을 던진 다음 큰돌고래에게 그 행동을 흉내 내라고 손짓하면, 큰돌고래는 텔레비전 화면에서 공을 가져오려고 하지 않고 실제 세계에서 공을 가져와 사용하였다.<sup>3)</sup>

고래가 자의식을 가지고 있다는 사실 역시 이미 20여 년 전 증명되었다. 동물에게 자의식이 있는지를 확인하는 실험으로는 주로 ‘거울 마크 테스트(mirror mark test)’가 이용된다. 동물이 거울에 비친 자신의 모습이 자신이라는 것을 인식할 수 있는지를 확인하는 실험이다.<sup>4)</sup> 90년대까지만 하더라도 거울 속의 자신을 인식하는 능력은 오직 인간과 침팬지만이 가지고 있는 것으로 알려져 있었다. 하지만, Marino의 연구를 통해 큰돌고래가 자신의 신체에 표시된 부분을 자세히 확인하기 위하여 거울을 사용하는 행동을 하는 것이 확인되는 등 고래 역시 거울 속의 자신을 인식할 수 있다는 것이 밝혀졌다.<sup>5)6)</sup> 심지어 후속 연구에 의하면, 돌고래가 거울 속 자신을 인식하기 시

1) Marino, L., "A comparison of encephalization levels between odontocete cetaceans and anthropoid primates", Brain, Behavior and Evolution 51, 1998, p.230~238.

2) Herman, L. M. 외, "Comprehension of sentences by bottlenosed dolphins", Cognition 16, 1984, p.129~219.

3) Herman, L. M. 외, "Bottlenosed dolphin and human recognition of veridical and degraded video displays of an artificial gestural language", Journal of Experimental psychology: General 119, 1990, 215~230.

4) 강석기, "[강석기의 과학카페] 동물이 거울을 본다는 것의 의미", 동아사이언스, 2019.2.12.

5) Marino, L., "Mirror self-recognition in the bottlenese dolphin: A case of cognitive convergence", Psychology 98, 2001, p.5937~5942.

6) 코끼리, 까치 등도 거울 속 자기 인식이 가능하다는 사실이 연구를 통해 확인되었다.

작하는 나이는 인간이나 침팬지가 거울 속 자신을 인식하기 시작하는 나이인 생후 약 2년보다 훨씬 이른 생후 약 7개월부터라는 것이 확인되었다.<sup>7)</sup>

고래는 슬픔 등의 구체적 감정을 느끼는 것으로도 추정되고 있다. 2020년 6월에는 제주 연안에 서 어미 남방큰돌고래가 죽은 새끼를 업고 약 2주 이상 유영하는 모습이 관찰되었는데, 가까운 관계의 돌고래가 죽은 후 다른 돌고래들이 슬픔에 빠져 있는 것과 같은 매우 특이한 행위를 하는 장면은 과거부터 종종 포착되었다.<sup>8)</sup>

종합하자면, 고래는 매우 높은 지능을 바탕으로, 자기인식이 가능하고 풍부한 감정을 가지고 있는 등 인간에 버금가는 사고능력을 보유하고 있음이 이미 수십년 전부터 과학적으로 입증된 동물이다.

### 3) 고래류의 습성 등

#### 가) 자연 상태에서의 활동 반경

고래는 자연 상태에서 수백 평방킬로미터를 움직인다. 구체적인 종(種)마다 차이는 있지만, 보통 하루에 100~160km 가량 이동하고, 수심 500m 이하까지 잠수하는 것으로 알려져 있다. 특히, 극지방에 주로 분포하는 흰고래 ‘벨루가’의 경우에는 무려 최대 900m 이하 심해로까지 잠수하는 것으로 밝혀졌다.<sup>9)</sup>

즉, 자연 상태에서의 고래의 활동 반경은 매우 광활하므로, 인간이 인위적으로 조성한 수족관으로는 그러한 활동 반경을 충족하는 것이 원시적으로 불가능하다.

#### 나) 자연 상태에서의 의사소통 방식<sup>10)</sup>

고래는 매우 복잡한 수준의 언어를 구사하며 서로 의사소통이 가능한 동물로도 알려져 있다. 이러한 고래의 주 의사소통 수단은 바로 ‘초음파’이다. 인간이 들을 수 있는 주파수의 영역대는

7) Morrison, R., “Precocious development of self-awareness in dolphin”, PLOS ONE, 2018, p.1~12.

8) 허호준, “어미 돌고래는 죽은 새끼를 업고 다녔다”, 한겨레, 2020.6.26.

9) Donna D. W. Hauser 외, “Regional diving behavior of Pacific Arctic beluga whales *Delphinapterus leucas* and possible associations with prey”, MARINE ECOLOGY PROGRESS SERIES, 2015.12.15., 245~264.

10) 이정모(서울시립과학관 관장), “수조에 갇힌 돌고래, 평생 이명 시달린다”, 대한민국 정책주간지 공감, 2019.8.26.

20~20,000Hz(헤르쯔)로, 인간이 들을 수 없는 주파수 영역대인 20,000Hz 이상을 소위 ‘초음파’라고 한다. 고래는 주로 인간이 들을 수 없는 초음파(2,000~200,000Hz 영역대의 주파수)를 이용하여 의사소통을 한다.

고래는 이 초음파를 머리에 있는 ‘비도’라는 기관에서 쏜다. 이때, 초음파가 어딘가에 부딪혀서 돌아오면 이것을 ‘반향’이라고 한다. 고래는 ‘반향’을 아래턱에 있는 지방층에서 받아들임으로써, 앞에 장애물이 있는 있는지 혹은 먹잇감이 있는지 등을 파악할 수 있다. 이러한 원리를 기반으로, 고래는 두 개의 기관에서 초음파를 쏘며 넓은 바닷속의 다양한 외부 정보를 습득하고 다른 고래와 의사소통도 한다.

이러한 고래의 의사소통 방식은 자연 상태인 바닷속에서는 매우 유용하다. 드넓은 바다에서는 초음파가 자신에게 되돌아오는 ‘반향’이 거의 일어나지 않기 때문에, ‘반향’을 통해 어디에 장애물이나 먹잇감이 있는지 등을 정확하게 파악할 수 있기 때문이다. 하루에 약 100km 이상을 헤엄치는 고래는 쉬지 않고 초음파를 발사하며 자신의 주위 환경을 파악하는데, 드넓은 바닷속에서는 자신이 발생시킨 초음파가 자신에게 돌아오지 않는 경우가 대다수이고, 돌아온다 해도 장애물이나 먹잇감에 부딪혀 한 번만 돌아오는 것이 전부다.

하지만, 사방이 막힌 수족관에서는 이러한 고래의 의사소통 방식은 전혀 유용하지 않을뿐더러 오히려 지속적인 고통을 야기할 뿐이다. 자신이 쏜 초음파가 벽에 부딪혀서 자신에게 돌아오는 것은 물론이고, 다시 맞은편 벽에 반사되어 부딪히며 자신에게 돌아오는 것이 반복되기 때문이다. 즉, 수족관 속 고래는 수족관을 벗어날 때까지는 계속해서 이명과도 같은 소음에 시달리는 고통을 겪게 된다.

#### 다. 소결

살펴본 바와 같이 고래는 높은 지능에 기반하여 자기 인식이 가능하고, 언어 표현 등을 통해 타 개체와 의사소통까지 원활하게 하는 매우 고등한 동물이다. 인간이 최초로 다른 동물과 의사소통을 하게 된다면, 그 동물을 바로 고래가 될 것이라는 과학적 관측이 나오기까지 한다.

이 때문에 고래를 수족관에서 사육, 전시하는 것이 법적으로 금지되어야 한다는 움직임이 전세계적으로 일어나고 있다. 고래는 인간의 오락을 위해 가두어 둘 수 있는 존재가 아니라, 고유의 권리능력을 가지고 있는 ‘비인간 인격’의 하나라는 것이다.

## Ⅲ. 해외사례

### 1 국제조약

#### 가. CITES

CITES(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora; 멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약)으로, 우리나라는 1993. 7. 9. 가입하여 1993. 10. 7. 발효되었다. CITES는 부속서 I, II, III으로 나뉘어 있고, 당사국은 이 협약의 규정에 따른 경우를 제외하고 부속서 I, II 및 III에 포함된 종의 표본의 거래를 허용하지 아니한다(제2조 제4호).

(1) 부속서 I의 경우 거래로 영향을 받거나 받을 수 있는 멸종위기에 처한 모든 종을 포함하는데, 이러한 종의 표본의 거래는 종의 생존이 더 이상 위협을 받지 아니하도록 특별히 엄격한 규제를 받아야 하며, 예외적인 상황에서만 허가되도록 정하고, (2) 부속서 II의 경우 현재 반드시 멸종위기에 처해 있지는 아니하나 생존을 위협하는 이용을 회피할 목적으로 표본의 거래를 엄격하게 규제하지 아니하면 멸종위기에 처할 수 있는 종 및 위에 규정된 일부 종의 표본의 거래를 효과적으로 통제하기 위하여 규제를 하여야 하는 그 밖의 종을, (3) 부속서 III은 당사국이 이용을 방지 또는 제한할 목적으로 자기 나라의 관할권 안에서 규제를 받아야 하는 종으로 확인하고 또한 거래 통제를 위하여 다른 당사국의 협력이 필요한 것으로 확인한 종을 포함한다(제2조 제1호 내지 제3호).

포유류의 경우 부속서 I, II, III 합계 330종이 멸종위기종으로 지정되어 있고, 그 중 고래목은 22종이다.

〈국제적 멸종위기종 지정 현황〉

구분		계	부속서 I	부속서 II	부속서 III
계		1,153	575	321	257
동물	포유류(고래목)	330(22)	197(21)	66(1)	67
	조류	380	166	65	149
	파충류	172	62	77	33
	양서류	20	9	11	-
	판새어류	3	-	3	-
	어류	12	7	5	-
	패어류	2	1	1	-
	해삼류	1	-	-	1
	거미류	6	-	6	-
	곤충류	12	4	8	-
	거머리류	1	-	1	-
	이매패류	31	26	5	-
	복족류	3	1	2	-
	산호류	4	-	4	-
	히드라충류	2	-	2	-
식물		174	102	65	7

출처: 환경부 한강유역환경청 홈페이지 <http://www.me.go.kr/hg>

## 나. 국제포경규제협약

국제포경규제협약(ICRW, International Convention for the Regulation of Whaling)은 남획으로부터 고래자원을 보호, 고래자원의 적절하고 효율적인 보존 및 발전을 보장하기 위한 국제포경규제제도를 확립, 고래자원의 적절한 보존 및 포경산업의 질서있는 발전을 목적으로 1946. 12. 2. 워싱턴에서 서명, 1948. 11. 10. 발효되었다(협약 전문). 우리나라에서는 1978. 12. 29. 발효되었다. 국제포경규제협약은 각 체약국정부의 위원으로 구성되는 국제포경위원회(IWC : International Whaling Commission)를 두도록 하였으며, 국제포경위원회는 1982. 남획으로 인한 고래의 멸종을 방지하기 위하여 상업포경 금지를 결의하였다. 일본은 국제포경규제협약의 가입국이었으나, 상업포경을 일부 허용해 달라는 안건이 부결되자 2018. 12.경 탈퇴를 선언하고 2019. 7. 상업포경을 재개하였다.

## 2 캐나다

2019년 6월 10일 캐나다 하원은 동물 보호를 위해 필요한 경우를 제외하고 인간의 즐거움을 위해 고래류를 사육하는 행위를 금지하는 법안 Bill S-203을 통과시켰다. ‘고래 및 돌고래 감금의 종식에 관한 법’(Ending the Captivity of Whales and Dolphins Act) 또는 동명의 영화제목을 따 ‘프리윌리(Free willy)’법으로 불리우는 이 법은 동물복지 분야에서는 지금껏 보기 어려웠던 진짜 개혁(real progress)<sup>11)</sup>이라는 평을 들을 정도로 캐나다 국내는 물론 국외에서도 많은 관심을 불러 일으켰다.

프리윌리법이 처음 제안된 2015년 당시 고래류는 온타리오 주의 마린랜드(Marineland)와 브리티시 아일랜드 주의 벤쿠버 수족관 두 곳에 수용되어 있었다. 두 회사는 즉각적으로 위 법안에 반대하는 의사를 표하고 이를 부결시키기 위한 로비 작업에 착수했다. 그러나 캐나다 녹색당과 Animal Justice를 비롯한 여러 단체들의 노력으로 이러한 저항은 실패하였고, 원안 그대로 법이 통과될 수 있었다.

법이 통과된 이 법의 제안자이자 캐나다 선주민 출신으로 판사 및 캐나다의 ‘진실과 화해를 위한 과거사정리위원회’ 위원장을 역임한 싱클레어(Murray Sinclair) 상원의원은 한 글에서 다음과 같이 말했다. “인간과 동물 사이의 상호 존중과 조화는 그들뿐만 아니라 우리의 삶을 위해서도 필요하다 ... 우리는 우리의 세계, 대지, 인류 그리고 이 세상의 모든 피조물을 어루만지기 위해 이 세상에 왔다.”<sup>12)</sup> 흥미로운 것은 법에 반대했던 벤쿠버 수족관 CEO의 입장발표이다. 그는 “여러분들은 고래와 돌고래가 없으면서도 세계 최고의 수준을 자랑하는 아쿠아리움을 보게 될 것입니다. 여태껏 캐나다에서는 존재하지 않았던 시설이지요. 우리는 캐나다의 법을 따를 것이고, 이 법이 딱히 문제라고 생각하지도 않습니다.”<sup>13)</sup>

Bill S-203은 고래류(Cetaceans)에 속하는 모든 생명체에 적용된다. (a) 감금 상태의 고래류를 소유, 관리(custody), 통제(control)하는 자 (b) 고래류를 번식시키는 자 (c) 정자 또는 배아 등 고

11) Katie Sykes, “The Whale, Inside: Ending Cetacean Captivity in Canada,” Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law 5 (2019): 349~406

12) Murray Sinclair, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law 5 (2019): i-iv

13) The Province, Vancouver Aquarium's new 35-year lease includes a cetacean ban, 2019. 6. 25 [https://theprovince.com/news/local-news/vancouver-aquariums-new-35-year-lease-includes-a-cetacean-ban/wcm/0c9525d4-3a7d-4804-8b80-c662f13cb989]

래류 번식을 위해 필요한 물질을 소지하거나 소지하고자 하는 자는 200,000 캐나다 달러 이하의 벌금에 처한다[Criminal Code section 445.1.(2)]. 고래류를 포획하여 이동하는 행위[Fisheries Act section 28.1.] 허가 없이 고래류를 수입하거나 및 고래류 및 그 정자, 조직, 배아를 수출하는 행위도 금지된다[Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act section 7.1.]. 이에 따라 동물 보호, 연구 등을 위해 주의 허가를 받는 예외를 제외하면 캐나다에서 고래류를 추가적으로 소유하는 것은 법적으로 불가능하게 되었다.

물론 위 (a) 규정은 이미 감금 상태의 고래류를 소유, 관리, 통제하는 자에는 적용되지 아니하므로[section 445.1.(3).(a)] 법률 효력발생 이전부터 수족관 등지에 감금되어 있던 고래류는 소유자가 자발적으로 권리를 포기하지 않는 이상 감금에서 벗어날 수 없다. 그러나 법은 이 경우에도 의회의 승인 없이 감금 상태의 고래류를 모임, 도박(competition), 전시, 오락, 유흥의 목적으로 이용하는 것은 금지하므로[section 445.1.(4)], 기존 개체를 이용한 돌고래 쇼 등은 더 이상 캐나다에서 실연될 수 없게 되었다.

### 3 프랑스

프랑스 환경부 장관은 2017. 5. 3. ‘고래류 공공 전시에 관한 지침’(Arrêté du 3 mai 2017 fixant les caractéristiques générales et les règles de fonctionnement des établissements présentant au public des spécimens vivants de cétacés)을 시행하였다. 캐나다의 Bill S-203과 유사하게 위 지침은 감금 상태에 있는 고래류의 번식을 금지함으로써 프랑스의 “해양 동물 서커스”를 종식시킬 “역사적인 성취”라는 찬사를 받았다.<sup>14)</sup> 이 지침은 고래류의 각 습성에 맞추어 수조의 개수, 면적, 깊이 등의 최소 기준도 상향시켜 감금 상태의 고래류의 사육 환경을 획기적으로 개선시키고자 했다는 점에서 주목할 가치가 있다.

이에 따르면 범고래는 5개의 연결된 수조로 면적 3,500m<sup>2</sup>, 깊이 11m 이상의 크기를 갖추어야 하며 여러 개체가 있는 경우 한 개체당 최소 800m<sup>2</sup>가 보장되어야 한다. 큰돌고래의 경우 3개의 연결된 수조로 면적 2,000m<sup>2</sup>, 깊이 6m 이상의 크기를 갖추어야 하며 여러 개체가 있는 경우 한 개

14) BBC NEWS, France bans captive breeding of dolphins and killer whales, 2017. 5. 7.  
[<https://www.bbc.com/news/world-europe-39834098>]

체당 최소 200m<sup>2</sup>가 보장되어야 한다. 실내 수조의 경우 깊이가 최소 5m를 넘어야 하며, 고래류를 실내 수조에만 두어선 안되고 반드시 실내 수조보다 넓은 야외 수조로 나갈 수 있는 환경을 제공하여야 한다(제7조 제1항). 수조는 각진 형태를 피하고 둥근 모습을 갖추어야 하며 물을 정화시킬 수 있는 기능이 포함되어 있어야 한다(제7조 제2항). 수조가 투명 유리로 되어 있는 경우 동물을 사람들에게 상시 노출시키지 않게끔 조치를 취하여야 하고, 환경풍부화에 특히 신경을 써야 한다(제7조 제3항).

2018년 프랑스 파기원이 입법 과정에서 절차적 하자가 존재한다는 이유로 위 지침을 취소하였다.<sup>15)</sup> 그러나 2020년 9월 프랑스 환경부 장관은 “여러 전문가들과 함께 많은 이의 삶(the lives of many) 개선시킬 혁신적인 변화”를 발표하였다. 그녀는 “야생 동물들에 대한 우리들의 대우는 과거와 달라야 한다”며 고래류 번식은 물론 이동식 서커스, 밍크 사육을 금지하는 법령을 향후 제정할 계획이라고 밝혔다.<sup>16)</sup>

## 4 미국

미국의 범고래류 포획 금지와 관련된 법은 연방법과 개별 주법으로 나누어 볼 수 있다.

### 가. The Federal Level: The Marine Mammal Protection Act of 1972

미국은 해양 포유류 보호를 위하여 1972년 12월 21일 해양포유류 보호법(Marine Mammal Protection Act, 16 U.S. Code Chapter 31, 이하 “MMPA”)을 발효하였다. 이 법은 멸종 위기에 처한 해양 포유류를 보호하고, 상업적 어업과정에서 부수적으로 잡히는 고래의 희생을 감소시키는 데 그 목적이 있다. 해양 포유류도 기존 Animal Welfare Act와 the Endangered Species Act의 적용에 따라 보호를 받으나 MMPA는 좀 더 구체적으로 해양 포유류의 개체 수 감소를 막는데 중점을 두어 해양 포유류의 포획 및 국내외 수입과 수출을 금지한다.

15) Reuters, Top French court reverses ban on breeding whales, dolphins, 2018. 1. 30.  
[<https://www.reuters.com/article/us-france-dolphins/top-french-court-reverses-ban-on-breeding-whales-dolphins-idUSKBN1FI22I>]

16) The Connexion, Fear for circus animals' lives after France wild animal ban, 2020. 11. 6.  
[<https://www.connexionfrance.com/French-news/Circus-and-park-owners-fear-for-animals-lives-after-France-to-roll-out-wild-animal-ban>]

단, ① 과학 연구와 공익적 전시 목적을 위하여 포획하는 경우, ② 해양 포유류의 보호를 위한 경우에는 예외적으로 정부에서 그 보유를 허락할 수 있다. 허가를 받고자 하는 자는 교육 프로그램 혹은 보존 절차의 구체적인 내용과 함께 the Animal Welfare Act에 따라 발급받은 면허를 제출하여야 한다. 다만, 이러한 경우에도 임신한 해양 포유류나 보호가 필요한 생후 8개월 미만의 해양 포유류가 해당 보유 개체에 포함이 되거나, 비인도적인 방식으로 포획된 경우로 확인된 경우에는 예외의 적용에서도 제외된다.

MMPA의 도입은 여러 주에서 해양 포유류 포획의 문제를 인식하는데 긍정적인 효과를 나타내었으나, 공공전시를 목적으로 하거나 교육용으로 해양 포유류를 포획하고 있다는 점이 확인되면 고래류를 보유할 수 있고, 부주의한 치사에도 해당 사실을 보고만 하면 처벌을 면할 수 있도록 하여 예외가 적용되는 기준을 해석에 따라 넓힐 수 있다는 점에서 한계를 보였다.

#### 나. California: Orca Protection and Safety Act

2013년 1월 발표된 다큐멘터리 ‘Black fish’는 돌고래 쇼의 실태를 고발하며 범고래가 어떻게 잡히고 사육되고 훈련되는지 대중들이 인식할 수 있도록 낱알이 공개하였고, 돌고래 쇼의 문제를 직면하는 계기이자 범고래의 보호와 복지를 위한 규정을 만드는데 시발점이 되었다.<sup>17)</sup> 이 다큐멘터리는 2010년 2월 Sea World 올랜도에서 조련사 Dawn Brancheau를 죽인 킬러 고래 Tilikum의 이야기를 다루며, 범고래의 본성을 억누르는 포획과 감금의 악순환 및 아쿠아리움 산업의 어두운 이면을 실제 인터뷰로 담아내었다. Black fish가 공개되며 SeaWorld의 주가는 크게 하락<sup>18)</sup>하였고, 2014년 미국 여론조사 결과 절반 이상이 범고래를 감금하는 것을 반대<sup>19)</sup>하였으며, 아쿠아리움을 포함한 해양 산업의 전반적인 기업 정책이 바뀌는 등 “Black fish Effect”가 나타났다. 앞선 연방법에 따라 해양 포유류의 포획이 금지되지만 공공의 전시를 목적으로 하는 경우나 연구를 목적으로 하는 경우는 그 포획이 허용된다는 점에서 한계를 내포하고 있다. 이를 보완하면서 돌고래의 포획 자체를 금지하는데 초점을 두어 캘리포니아 주에서는 범고래류의 포획 및 그 배아의 수

17) U.S. NEWS, ‘Blackfish’ Inspires California Orca Bill, 2014. 3. 7.  
[<https://www.usnews.com/news/articles/2014/03/07/california-lawmaker-introduces-blackfish-inspired-orca-captivity-bill>]

18) The Washington Post, Chart: What the documentary ‘Blackfish’ has done to SeaWorld, 2014.12.  
[<https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2014/12/12/chart-what-the-documentary-black-fish-has-done-to-seaworld/>]

19) The Case Against Marine Mammals in Captivity, ANIMAL WELFARE INSTITUTE & WORLD ANIMAL PROTECTION, 2019

출 및 수입까지도 금지하는 Orca Protection and Safety Act(이하 “OPSA”)를 제정<sup>20)</sup>하였다. OPSA의 주요 내용은 다음과 같다.

원칙적으로 캘리포니아 주에서는 야생 상태로 포획하거나 포획된 상태로 보유하는 등의 포획 방식을 불문하고 대중에 전시하는 것을 목적으로 범고래류를 번식시키거나 살아있는 상태로 포획하는 행위 및 범고래류의 수입·수출이 금지된다. 보호구역으로의 이동을 위한 일시적인 포획은 허용하지만 그 이외의 예외사항은 두지 않음으로써 기존의 MMPA의 예외사항 기준점이 모호하다는 한계를 해결하고자 하였다. 또한 배양을 목적으로 돌고래류를 수입하거나 수출하는 것 역시 금지된다. 이를 어기는 경우 \$100,000를 초과하지 않는 선에서 벌금형에 처한다.

단 예외적으로 법안이 시행된 2017년 6월을 기준으로 이미 포획된 고래류의 경우에는 향후 교육 목적(Educational presentation)<sup>21)</sup>으로만 전시가 가능하고, 구조를 위한 일시적인 포획 혹은 재활이나 연구를 목적으로 보유하는 경우는 금지 대상에서 제외하였다. 하지만 이러한 경우에도 무기한으로 보유가 가능한 것은 아니며 전시가 끝나거나 재활 및 연구의 목적을 달성한 이후에는 보유하고 있는 범고래류를 야생으로 돌려보내야 한다. 야생으로 돌려보낼 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 교육용으로만 보유할 수 있다.

해당 법안이 도입되며 Ringling Bros.와 Barnum & Bailey Circus에서는 서커스용으로 코끼리를 보유하는 것에 대하여 자발적으로 중단을 선언하였고, 볼티모어의 아쿠아리움은 더 이상 돌고래를 전시 목적으로 가둬두는 것을 중단하겠다고 선언하였다. 나아가 미국에서 제일 많은 수의 범고래류를 보유하고 있는 Sea World Ent.에서도 범고래류의 포획을 중단하겠다고 선언하여 캘리포니아의 법안이 실질적으로 기업의 자발적인 중단을 이끌어 내는 긍정적인 효과를 보였다. 그러나 모든 고래류 및 해양 포유류가 아닌 범고래에 한정하여 포획을 금지를 하였다는 점에서 기존의 연방법의 한계점을 완벽하게 보완하지는 못하였다.

20) 2014년 캘리포니아 하원 의원 Richard Bloom은 Orca Welfare and Safety Act으로 알려진 의회 Bill 2140을 제안하였고, 이를 시작으로 관련 단체의 청문회와 연구를 거쳐 2016년 9월에 캘리포니아 의회를 통과하여 2017년 1월 발효되었다.

21) “Educational presentation” means a live, scheduled orca display in the presence of spectators that includes natural behaviors, enrichment, exercise activities, and a live narration and video content that provides science-based education to the public about orcas.

#### 다. South Carolina and other state

앞선 캘리포니아 주의 돌고래 포획 금지법은 고래류의 포획뿐만 아니라 번식까지도 금지한 최초의 법안이지만 사우스캐롤라이나 주의 돌고래 포획 금지법은 미국 내에서 최초로 돌고래의 포획 및 그 보유 자체를 금지하였다. 또한 캘리포니아 주의 움직임에 따라 워싱턴 주에서도 고래류의 포획 및 보유를 금지하는 법안(Senate Bill 5666)이 제시되었다. 만약 이 법안이 통과될 경우 범고래뿐만 아니라 모든 고래류의 포획이 금지된다. 구체적으로 ① 오락 목적으로 야생에서 포획하거나 포획된 상태로 고래류를 기르고 있다는 사실이 발견될 경우, ② 같은 목적 하에서 고래류를 수입하는 경우 및 배아를 수입, 수출하는 경우에는 불법적으로 고래류를 보유한 행위로 처벌을 받는다.

## IV. 해양포유류에 관한 국내법의 현황 및 실태

### 1 해양포유류에 관한 국내법의 현황

우리나라는 동물의 보호 및 이용·관리 등에 관한 일반법으로서 「동물보호법」을 두어 동물학대를 금지·처벌하고 있다. 이외에 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 동물보호법이 아닌 해당 특별법이 적용되는데, 특히 해양포유류의 포획 및 거래 금지에 관하여는 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」과 「해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률」에서 정하고 있다. 한편, 해양포유류의 전시에 관하여는 「동물원 및 수족관의 관리에 관한 법률」 및 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 일부에서 그 시설요건과 금지행위 등을 정하고 있는바, 아래에서는 해양포유류에 관련하여 상세히 살펴기로 한다.

#### 가. 동물보호법

##### 1) 의의

동물보호법은 1991. 5. 31. 동물에 대한 학대행위의 방지 등 동물을 적정하게 보호·관리하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 동물의 생명보호, 안전 보장 및 복지 증진을 꾀하고, 건전하고 책임 있는 사육문화를 조성하여, 동물의 생명 존중 등 국민의 정서를 기르고 사람과 동물의 조화로운 공존에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 동물보호법은 동물의 보호 및 이용·관리 등에 관한 일반법으로, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동물보호법에서 정하는 바에 따른다(제6조).

동물보호법의 보호대상으로서의 ‘동물’이란 고통을 느낄 수 있는 신경체계가 발달한 척추동물로서 포유류, 조류, 파충류·양서류·어류 중 농림축산식품부장관이 관계 중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 대통령령으로 정하는 동물 중 어느 하나에 해당하는 동물을 말한다(제2조 제1호).

## 2) 동물학대의 금지

동물보호법은 ‘동물학대’란 동물을 대상으로 정당한 사유 없이 불필요하거나 피할 수 있는 신체적 고통과 스트레스를 주는 행위 및 굶주림, 질병 등에 대하여 적절한 조치를 게을리하거나 방치하는 행위로 정하고(제2조 제1호의2), 제8조에서 행위태양을 규정하고 있다.

### 가) 동물을 죽음에 이르게 하는 행위

목을 매다는 등의 잔인한 방법으로 죽음에 이르게 하는 행위(제1호), 노상 등 공개된 장소에서 죽이거나 같은 종류의 다른 동물이 보는 앞에서 죽음에 이르게 하는 행위(제2호), 고의로 사료 또는 물을 주지 아니하는 행위로 인하여 동물을 죽음에 이르게 하는 행위(제3호), 그 밖에 수의학적 처치의 필요, 동물로 인한 사람의 생명·신체·재산의 피해 등 농림축산식품부령으로 정하는 정당한 사유 없이 죽음에 이르게 하는 행위(제4호)는 동물학대로써 금지된다(제8조 제1항). 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제46조 제2항 제1호).

### 나) 동물에게 상해를 입히거나 신체적 고통을 주는 행위

도구·약물 등 물리적·화학적 방법을 사용하여 상해를 입히는 행위(제1호, 다만 질병의 예방이나 치료 등 농림축산식품부령으로 정하는 경우는 제외), 살아 있는 상태에서 동물의 신체를 손상하거나 체액을 채취하거나 체액을 채취하기 위한 장치를 설치하는 행위(제2호, 다만 질병의 치료 및 동물실험 등 농림축산식품부령으로 정하는 경우는 제외), 도박·광고·오락·유흥 등의 목적으로 동물에게 상해를 입히는 행위(제3호, 다만 민속경기 등 농림축산식품부령으로 정하는 경우는 제외), 반려동물에게 최소한의 사육공간 제공 등 농림축산식품부령으로 정하는 사육·관리 의무를 위반하여 상해를 입히거나 질병을 유발시키는 행위(제3호의 2), 그 밖에 수의학적 처치의 필요, 동물로 인한 사람의 생명·신체·재산의 피해 등 농림축산식품부령으로 정하는 정당한 사유 없이 신체적 고통을 주거나 상해를 입히는 행위(제4호)는 동물학대에 해당한다(제8조 제2항). 이를 위반한 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제46조 제2항 제1호).

### 3) 동물전시업에 관한 규제

동물보호법은 ‘반려동물’<sup>22)</sup>과 관련된 동물전시업에 관하여 등록 및 시설·인력 기준 등을 규정하고 있을 뿐, 그 외의 동물에 관한 동물전시업에 관하여는 달리 정함이 없다(제32조 제1항).

## 나. 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률

### 1) 의의

야생생물 보호 및 관리에 관한 법률(이하 ‘야생생물보호법’이라 한다)은 야생생물과 그 서식환경을 체계적으로 보호·관리함으로써 야생생물의 멸종을 예방하고, 생물의 다양성을 증진시켜 생태계의 균형을 유지함과 아울러 사람과 야생생물이 공존하는 건전한 자연환경을 확보함을 목적으로 2004. 2. 9. 제정되었다(제1조). ‘야생생물’이란 산·들 또는 강 등 자연상태에서 서식하거나 자생(自生)하는 동물, 식물, 균류·지의류(地衣類), 원생생물 및 원핵생물의 종(種)을 말한다(제2조 제1호).

### 2) 야생생물의 학대·불법포획 금지 등

#### 가) 학대금지

야생생물법은 제8조 제1항에서 정당한 사유 없이 야생동물을 죽음에 이르게 하는 학대행위, 즉, 때리거나 산채로 태우는 등 다른 사람에게 혐오감을 주는 방법으로 죽이는 행위(제1호), 목을 매달거나 독극물, 도구 등을 사용하여 잔인한 방법으로 죽이는 행위(제2호), 그 밖에 제2항 각 호의 학대행위로 야생동물을 죽음에 이르게 하는 행위(제3호)를 금지하고 있다. 이를 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제68조 제1호).

이어 제2항에서는 정당한 사유 없이 야생동물에게 고통을 주거나 상해를 입히는 학대행위, 즉, 포획·감금하여 고통을 주거나 상처를 입히는 행위(제1호), 살아 있는 상태에서 혈액, 쓸개, 내장

22) 동물보호법 제2조 1의3

“반려동물”이란 반려(伴侶) 목적으로 기르는 개, 고양이 등 농림축산식품부령으로 정하는 동물을 말한다.

동물보호법 시행규칙 제1조의2(반려동물의 범위)

「동물보호법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호의3에서 “개, 고양이 등 농림축산식품부령으로 정하는 동물”이란 개, 고양이, 토끼, 페럿, 기니피그 및 햄스터를 말한다.

또는 그 밖의 생체의 일부를 채취하거나 채취하는 장치 등을 설치하는 행위(제2호), 도구·약물을 사용하거나 물리적인 방법으로 고통을 주거나 상해를 입히는 행위(제3호), 도박·광고·오락·유흥 등의 목적으로 상해를 입히는 행위(제4호), 야생동물을 보관, 유통하는 경우 등에 고의로 먹이 또는 물을 제공하지 아니하거나, 질병 등에 대하여 적절한 조치를 취하지 아니하고 방치하는 행위(제5호)를 금지하고 있으며, 이를 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제69조 제1호).

#### 나) 불법포획금지 등

야생생물법을 위반하여 포획·수입 또는 반입한 야생동물, 이를 사용하여 만든 음식물 또는 가공품을 그 사실을 알면서 취득(환경부령으로 정하는 야생동물을 사용하여 만든 음식물 또는 추출 가공식품을 먹는 행위를 포함한다)·양도·양수·운반·보관하거나 그러한 행위를 알선하는 행위는 금지되며(제9조 제1항), 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제70조 제2호).

한편, 밧, 창애, 올무 또는 그 밖에 야생동물을 포획할 수 있는 도구를 제작·판매·소지 또는 보관하여서는 안되는데, 다만, 학술 연구, 관람·전시, 유해야생동물의 포획 등 환경부령으로 정하는 경우에는 예외가 인정된다(제10조). 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제70조 제3호).

### 3) 국제적 멸종위기종의 국제거래 등의 규제

#### 가) 의의

야생생물법은 우리나라가 가입한 CITES, 즉 「멸종위기에 처한 야생동식물종의 국제거래에 관한 협약」(이하 ‘멸종위기종국제거래협약’이라 한다)에 따라 국제거래가 규제되는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 생물로서 환경부장관이 고시하는 종을 ‘국제적 멸종위기종’으로 정하고 있다(제2조 제3호).

가. 멸종위기에 처한 종 중 국제거래로 영향을 받거나 받을 수 있는 종으로서 멸종위기종국제거래협약의 부속서 I에서 정한 것

나. 현재 멸종위기에 처하여 있지는 아니하나 국제거래를 엄격하게 규제하지 아니할 경우 멸종위기에 처할 수 있는 종과 멸종위기에 처한 종의 거래를 효과적으로 통제하기 위하

여 규제를 하여야 하는 그 밖의 종으로서 멸종위기종국제거래협약의 부속서 II에서 정한 것

다. 멸종위기종국제거래협약의 당사국이 이용을 제한할 목적으로 자기 나라의 관할권에서 규제를 받아야 하는 것으로 확인하고 국제거래 규제를 위하여 다른 당사국의 협력이 필요하다고 판단한 종으로서 멸종위기종국제거래협약의 부속서 III에서 정한 것

#### 나) 국제적 멸종위기종의 국제거래 등의 규제

국제적 멸종위기종 및 그 가공품을 수출·수입·반출 또는 반입하려는 자는 (1) 멸종위기종국제거래협약의 부속서(I·II·III)에 포함되어 있는 종에 따른 거래의 규제에 적합할 것, (2) 생물의 수출·수입·반출 또는 반입이 그 종의 생존에 위협을 주지 아니할 것, (3) 그 밖에 대통령령으로 정하는 멸종위기종국제거래협약 부속서별 세부 허가조건을 충족할 것의 허가기준에 따라 환경부장관의 허가를 받아야 한다. 다만 국제적 멸종위기종을 이용한 가공품으로서 약사법에 따른 수출·수입 또는 반입 허가를 받은 의약품과 대통령령으로 정하는 국제적 멸종위기종 및 그 가공품의 경우는 예외이다(제16조 제1항). 이를 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제68조 제1항 제5호).

실제로 2017년 이후 전사용 고래를 수입 허가한 사례는 없으며, 2018년도부터는 일본 다이지 돌고래와 같이 잔인하게 포획된 국제적 멸종위기종의 경우 수입을 금지하고 있다(동법 시행령 별표 1 제1호 나목 2) 나), 제2호 나목 3) 나), 제3호 나목 4) 나)).

허가를 받아 수입되거나 반입된 국제적 멸종위기종 및 그 가공품은 그 수입 또는 반입 목적 외의 용도로 사용할 수 없다(제16조 제3항 본문). 허가를 받지 아니한 국제적 멸종위기종 및 그 가공품을 포획·채취·구입하거나 양도·양수, 양도·양수의 알선·중개, 소유, 점유 또는 진열하여서는 아니 된다(제16조 제4항). 이를 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제69조 제1항 제4호 및 제5호).

한편, 야생생물법은 허가를 받아 수입되거나 반입된 국제적 멸종위기종으로부터 증식된 종은 제1항 본문에 따라 수입허가 또는 반입허가를 받은 것으로 보며, 처음에 수입되거나 반입된 국제적 멸종위기종의 용도와 같은 것으로 본다고 되어있고(제16조 제5항), 국제적 멸종위기종을 증식한 때에는 환경부령으로 정하는 바에 따라 인공증식증명서를 발급받아야 하고,

대통령령<sup>23)</sup>으로 정하는 국제적 멸종위기종을 증식하려는 때에는 미리 인공증식 허가를 받아야 한다고만 되어있어, 그 번식의 구체적인 요건에 관하여는 별다른 정함이 없다(제16조 제7항).

허가를 받고 수입하거나 반입한 국제적 멸종위기종을 양도·양수(사육·재배 장소의 이동을 포함한다)하려는 때에는 양도·양수 전까지, 해당 종이 죽거나 질병에 걸려 사육할 수 없게 되었을 때에는 지체 없이 환경부령으로 정하는 바에 따라 환경부장관에게 신고하여야 하고, 다만 환경부장관이 국내에서 대량으로 증식되어 신고의 필요성이 낮다고 인정하여 고시하는 국제적 멸종위기종은 제외한다(제16조 제6항).

#### 다) 국제적 멸종위기종의 사육시설 등록 및 관리

국제적 멸종위기종의 보호와 건전한 사육환경 조성을 위하여 대통령령으로 정하는 국제적 멸종위기종을 사육하려는 자는 적정한 사육시설을 갖추어 환경부장관에게 등록하여야 한다(제16조의2 제1항). 여기의 국제적 멸종위기종에는 ‘특정 시설 장치 및 관리 여부가 개체의 생존에 현저한 영향을 미칠 수 있어 동물의 복지 상태에 대한 지속적 관리가 필요한 종’으로써 남아메리카물개, 큰돌고래(태평양돌고래), 남방큰돌고래 등이 포함된다(야생생물보호법시행령 제13조의3, 별표 1의 3). 환경부장관은 제1항에 따라 등록을 하는 경우 해당 종의 적절한 관리를 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있고, 사육시설의 설치기준 및 등록 절차 등에 관한 사항은 환경부령으로 정하며, 환경부장관은 사육시설 설치기준의 적정성을 5년마다 재검토하여야 한다(제16조의2 제3항 내지 제5항). 그러나 이에 따른 사육시설 설치기준은 동물의 복지 측면에서 턱없이 부족한데, 예컨대 돌고래를 가둬두는 수족관의 너비는 면적 84㎡, 깊이 3.5m(1마리 기준, 1마리 추가 시 35%만 증가하면 됨)만 충족하면 되도록 규정되어 있다(동법 시행규칙 [별표 5의2] 참조).

사육시설등록자 중 동물원, 수족관 등 대통령령으로 정하는 사육시설을 운영하는 자는 정기적으로 또는 수시로 환경부장관의 검사를 받아야 하고(제16조의4 제1항), 환경부장관은 사육시설, 사육동물의 관리기준 등이 지켜지지 않는 경우 해당 사육시설등록자에게 기간을 정하여 개선을 명할 수 있다(제16조의5).

23) 야생생물법 시행령 제13조의2(인공증식 허가대상인 국제적 멸종위기종)

법 제16조 제7항 단서에서 “대통령령으로 정하는 국제적 멸종위기종”이란 그 종의 특성상 사람의 생명, 신체 또는 재산에 중대한 위해를 가할 우려가 있어 인공증식을 제한할 필요가 있는 국제적 멸종위기종으로서 별표 1의2에서 정한 것을 말한다.

사육시설등록자는 (1) 사육시설이 사육동물의 특성에 맞는 적절한 장치와 기능을 발휘할 수 있도록 유지·관리할 것, (2) 사육동물의 사육과정에서 건강상·안전상의 위해가 발생하지 아니하도록 예방대책을 강구하고, 사고가 발생하면 응급조치를 할 수 있는 장비·약품 등을 갖추어 둘 것, (3) 사육동물을 이송·운반하거나 사육하는 과정에서 탈출·폐사에 따른 안전사고나 생태계 교란 등이 없도록 대책을 강구할 것, (4) 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 사항으로서 사육동물의 보호 및 관리를 위하여 필요하다고 인정하여 환경부령으로 정하는 사항의 사육동물 관리기준을 지켜야 한다(제16조의6).

#### 다. 해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률

##### 1) 의의

가) 해양생태계의 보전 및 관리에 관한 법률(이하 ‘해양생태계법’이라 한다)은 2006. 10. 4. 해양생태계를 인위적인 훼손으로부터 보호하고, 해양생물다양성을 보전하며 해양생물자원의 지속가능한 이용을 도모하는 등 해양생태계를 종합적이고 체계적으로 보전·관리함으로써 국민의 삶의 질을 높이고 해양자산을 보호함을 목적으로 제정되었다(제1조).

나) ‘해양포유동물’이라 함은 해양에서 서식하는 포유동물로서 해양수산부령으로 정하는 종을 말하며(제2조 제10호), 동시행규칙 제3조 및 별표 2는 북방긴수염고래, 귀신고래, 혹등고래, 밍크고래, 상괭이, 남방큰돌고래 등 41종을 해양포유동물로 정하고 있다.

다) ‘해양보호생물’이란 (1) 우리나라의 고유한 종, (2) 개체수가 현저하게 감소하고 있는 종, (3) 학술적·경제적 가치가 높은 종, (4) 국제적으로 보호가치가 높은 종의 어느 하나에 해당하는 해양생물종으로서 해양수산부령으로 정하는 종을 말한다(제2조 제11호). 위임법령인 동시행규칙 제4조 및 별표 3은 남방큰돌고래, 상괭이, 혹등고래, 물개, 바다사자 등을 해양보호생물로 정하고 있다.

##### 2) 해양보호생물 등의 혼획방지

누구든지 해양포유동물 및 해양보호생물이 조업 중 혼획(混獲)되지 아니하도록 노력하여야 하며, 혼획방지를 위한 국가와 지방자치단체의 시책에 적극 협조하여야 하는데(제18조의2 제1항), 이를 위반한 경우 벌칙 규정은 없다.

### 3) 해양포유동물의 포획금지

해양수산부장관·관계 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 회유성해양동물 및 해양포유동물의 산란·번식환경을 보전·관리하기 위하여 포획을 금지하거나 제한할 수 있고(제16조 제3항), 이를 위반하여 해양포유동물을 포획하는 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(제61조 제1호).

### 4) 해양보호생물의 포획·채취 등 금지

해양보호생물을 포획·채취·이식·가공·유통·보관(가공·유통·보관의 경우에는 죽은 것을 포함한다)·훼손(이하 ‘포획·채취등’이라 한다)하여서는 아니 되며, 포획하거나 훼손하기 위하여 폭발물·그물·함정어구를 설치하거나 유독물질·전류를 사용하여서는 아니 된다. 다만, 학술연구 또는 해양보호생물의 보호·증식 및 복원의 목적으로 사용하고자 하는 경우 등 일정한 경우 해양수산부장관의 허가를 받으면 해양보호생물의 포획·채취등을 할 수 있다(제20조 제1항). 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다(제61조 제2호).

### 5) 해양보호구역의 지정 및 행위제한 등

해양수산부장관은 일정한 경우 해양생태계 및 해양경관 등을 특별히 보전할 필요가 있는 구역을 해양보호구역으로 지정·관리할 수 있다(제25조 제1항). 해양보호구역에서는 해양보호생물에 해당하지 아니하는 해양생물 중 해양수산부령으로 정하는 해양생물을 포획·채취·이식·훼손하는 행위 또는 포획하거나 훼손하기 위하여 폭발물·그물·함정어구를 설치하거나 유독물질·전류를 사용하는 행위 등이 금지된다(제27조 제1항). 이를 위반하여 해양생물 또는 해양생태계를 훼손한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(제62조 제4호).

## 라. 동물원 및 수족관의 관리에 관한 법률

### 1) 의의

동물원 및 수족관의 관리에 관한 법률(이하 ‘동물원수족관법’이라 한다)은 동물원 및 수족관의 등록과 관리에 필요한 사항을 규정함으로써 동물원 및 수족관에 있는 야생생물 등을 보전·연구하고 그 생태와 습성에 대한 올바른 정보를 국민들에게 제공하며 생물다양성 보전에 기여함을 목적

으로 2016. 5. 29. 제정되었다.

‘동물원’이란 야생동물 등을 보전·증식하거나 그 생태·습성을 조사·연구함으로써 국민들에게 전시·교육을 통해 야생동물에 대한 다양한 정보를 제공하는 시설로서 대통령령으로 정하는 것을 말하고(제2조 제1호), 동시행령에 따르면 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 제2조 제1호에 따른 야생동물 또는 축산법 제2조 제1호에 따른 가축을 총 10종 이상 또는 50개체 이상 보유 및 전시하는 시설(제1호), 그 외에 보호 및 관리가 필요한 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 멸종위기 야생생물 등 보호 및 관리가 필요한 야생동물을 보유 및 전시하는 시설로서 환경부와 해양수산부의 공동부령으로 정하는 시설(제2호)로 정하고 있다(제2조 제1항).

‘수족관’이란 해양생물 또는 담수생물 등을 보전·증식하거나 그 생태·습성을 조사·연구함으로써 국민들에게 전시·교육을 통해 해양생물 또는 담수생물 등에 대한 다양한 정보를 제공하는 시설로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다(제2조 제1호 및 제2호). 동시행령에 따르면, 해양생물 또는 담수생물을 전체 용량이 300세제곱미터 이상이거나 전체 바닥면적이 200제곱미터 이상인 수조에 담아 보유 및 전시하는 시설을 그 범위로 정하고 있다(제2조 제2항).

## 2) 동물원·수족관의 등록제

동물원수족관법은 동물원·수족관을 등록제로 정하고, 이를 운영하려는 자는 동물원 또는 수족관의 소재지를 관할하는 시·도지사에게 시설의 명칭, 소재지, 명세, 전문인력의 현황 등 일정한 요건을 갖추어 등록하여야 한다고 정하고 있다(제3조 제1항). 이에 관하여 누구나 일정한 요건만 갖추면 동물원이나 수족관으로 쉽게 등록할 수 있다는 점, 적절한 전시동물의 복지 기준이 마련되어있지 않는 점, 동물원이 아닌 체험형 야생동물카페를 전혀 규제하지 못한다는 점에 관한 비판이 꾸준히 제기되어왔다. 이에 환경부는 2020. 12. 24. ‘제4차 야생생물 보호 기본계획(2021~2025년)’을 마련하여 동물원 등록제를 허가제로 강화하고, 동물원 외 야생동물 전시를 금지시키겠다고 밝혔다.

### 3) 적절한 서식환경 제공 및 금지행위

#### 가) 적절한 서식환경 제공의무

동물원수족관법은 ‘동물원 또는 수족관을 운영하는 자는 보유 생물에 대하여 생물종의 특성에 맞는 영양분 공급, 질병 치료 등 적절한 서식환경을 제공하여야 한다.’라고 하여 적절한 서식환경 제공의무를 정하고 있으나, 이에 관한 처벌 등 벌칙 조항은 없다는 점에서 한계가 있다.

#### 나) 금지행위

동물원 또는 수족관을 운영하는 자와 동물원 또는 수족관에서 근무하는 자는 정당한 사유 없이 보유 동물에게 야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 제8조 각호의 학대행위(제1호), 도구·약물 등을 이용하여 상해를 입히는 행위(제2호), 광고·전시 등의 목적으로 때리거나 상해를 입히는 행위(제3호), 동물에게 먹이 또는 급수를 제한하거나 질병에 걸린 동물을 방치하는 행위(제4호)를 하여서는 아니 된다(제7조). 제7조 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하고(제16조 제1항), 제7조 제4호에 따른 행위를 한 자는 500만 원 이하의 벌금에 처한다(제16조 제2항 제3호). 이는 일반법인 동물보호법 제46조 제1항 제1호, 제8조 제1항 및 제46조 제2항 제1호, 제8조 제2항의 법정형보다도 더 낮은 형으로, 타법과의 관계상 개정이 필요한 부분이라고 하겠다.

시·도지사는 동물원 또는 수족관을 운영하는 자와 동물원 또는 수족관에서 근무하는 자가 제7조에서 정한 사항을 위반했는지 여부 등을 점검하여야 하고, 지도·점검이 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 공무원으로 하여금 해당 동물원 또는 수족관을 출입하여 관계 서류 및 시설·장비 등을 검사하게 할 수 있다(제11조).

한편, 시·도지사는 동물원 또는 수족관이 등록 또는 변경등록사항과 다르게 운영되는 경우 등 일정한 경우 해당 동물원 또는 수족관을 운영하는 자에게 기간을 정하여 시정명령 등 필요한 조치를 명할 수 있다(제12조).

## 2 국내 돌고래쇼 업장 실태

2020. 2. 기준으로 국내에는 총 7개의 업체에서 36마리의 고래류가 감금 사육되며 전시 및 공연을 하고 있는데,<sup>24)</sup> 국내에서 돌고래를 보유하며 대표적으로 돌고래쇼, 체험센터 및 생태설명회 등의 프로그램을 운영하는 업장은 제주M랜드, 제주P랜드, 울산 J고래생태체험관, 거제S월드 등이 있다. 이에 해당 업장들의 특징들을 통해 국내 돌고래쇼 업장의 실태를 점검해 보고자 한다.

### 가. 돌고래 반입의 경로

국내에서 보유 중인 돌고래의 현재 보유 개체수는 제주M랜드 4마리(큰돌고래), 제주P랜드 5마리(남방큰돌고래, 큰돌고래 및 그 혼종), 울산 J고래생태체험관 5마리(큰돌고래), 거제S월드는 12마리(큰돌고래 8마리, 벨루가 4마리) 등을 반입하여 보유하고 있다.

큰돌고래의 경우에는 대부분 일본 다이지에서 불법 포획된 개체들을 수입한 것이며, 벨루가는 러시아에서 수입한 개체들이고, 제주P랜드의 남방큰돌고래인 비봉이는 2005.경 제주 앞바다에서 불법포획된 개체로 확인된다. 제주P랜드의 경우에는 2013. 돌고래 불법포획 관련하여 수산업법 위반으로 대법원에서 유죄 판결이 확정되면서, 2009. 이후 포획하였던 돌고래 4마리를 고향인 제주 바다에 방류한 사실이 있으나, 안타깝게도 불법포획에 따른 수산업법 공소시효가 3년이었던 관계로 2009. 이전에 포획된 비봉이는 방류대상에서 제외되어 야생 방사되지 못한 채 현재까지 공연장에 남아있다. 현재는 불법 포획된 돌고래의 수입이 금지되면서 자체번식을 시도하고 있는 것으로 알려진다.

24) 전국 고래류 수족관 사육 현황(2020. 2. 기준/ 핫핑크돌핀스 제공)

업체명	종/수	포획지	반입경로	비고
울산 고래생태체험관	큰돌고래 4	일본(다이지)	수입	전시·공연
	큰돌고래 1		수족관 번식	전시·공연
제주 퍼시픽랜드	남방큰돌고래 1	한국(제주)	불법포획	전시·공연
	혼종2		수족관 번식	전시·공연
	큰돌고래 2	일본(다이지)	수입	전시·공연
제주 마린파크	큰돌고래 4	일본(다이지)	수입	전시·체험 서울대공원 기증
한화 아쿠아플라넷 제주	큰돌고래 6	일본(다이지)	수입	전시·공연
한화 아쿠아플라넷 여수	벨루가 3	러시아	수입	전시·연구
거제 씨월드	큰돌고래 8	일본(다이지)	수입	전시·체험
	벨루가 4	러시아	수입	전시·체험
서울 롯데월드 아쿠아리움	벨루가 1	러시아	수입	전시·공연
총 7곳	총 36마리			

## 나. 운영 중인 프로그램

국내 돌고래 관련 쇼장에서는 ① 조련사의 지시에 따라 해엄치고 공중회전을 하고 조련사와 수조 안을 헤엄치는 돌고래쇼, ② 돌고래를 만져보고 직접 조련사가 되어 조련을 해보는 조련사 체험 프로그램, ③ 돌고래와 함께 물 속에서 돌고래의 지느러미를 잡고 수영을 하는 스위밍 체험 프로그램, ④ 투명카약을 타고 돌고래를 만져보는 돌핀 카약 체험, ⑤ 서핑을 하듯 벨루가 위에 타서 수영을 하는 라이드 체험 등의 프로그램을 운영하고 있다.

## 다. 시설규모

야생생물 보호 및 관리에 관한 법률에 의하면, 돌고래를 가둬두는 수족관의 너비는 면적 84m<sup>2</sup>, 깊이 3.5m(1마리 기준, 1마리 추가 시 35%만 증가하면 됨)라는 자연 상태와 비교하면 턱없이 좁은 기준만 충족하면 된다(동법 시행규칙 [별표 5의2] 참조). 즉, 가로, 세로의 길이가 각 10m가 되지 않는 수족관이라 하더라도, 하루 이동 거리가 100~160km에 달하고 수심 900m까지 잠수하는 돌고래를 합법적으로 가둬둘 수 있다는 것이다.<sup>25)</sup>

이에 의하면 국내 고래류 사육시설은 모두 총면적에 있어서는 법적 기준을 충족하고 있으나, 쇼장이 아닌 평상시 돌고래들이 머무르는 공간인 내실의 경우에는 여러 개로 쪼개진 개별 수조들로 구성되어 있어 법적 기준을 충족시키지 못하였고, 특히 울산 J고래생태체험관의 10번 돌고래 수조의 경우에는 법적기준의 절반에 불과한 38m<sup>2</sup>의 공간에 불과할 정도로 협소했는바,<sup>26)</sup> 하루에

25) 그러나 야생생물법과 동물원수족관법은 입법목적, 체계가 다른 독립된 법률이므로, 야생생물법이 정한 기준이 동물원수족관법이 적용되는 수족관에 적용된다고 단정할 수 없다.

26) 2017. 3. 29.자 고래류 사육시설 민관공동조사 결과 관련 이정미 의원실 보도자료 참조  
별첨 5) 돌고래 수조 크기/부피

업체명	수조면적(m <sup>2</sup> )		수조부피(m <sup>3</sup> )		수조깊이(m)	
	주수조	보조/치료수조	주수조	보조/치료수조	주수조	보조/치료수조
울산 고래생태체험관	247	364/-	1,146	1,456/-	5.2	4/-
한화 아쿠아플라넷 제주	320	150/-	1,641	536/-	6	4.2/-
한화 아쿠아플라넷 여수	165	30.25/-	1,155	151/-	7	5/-
롯데월드 아쿠아리움	234	72/26	1,195	360/70	7	5/3
마린파크(제주)	300	396/-		1,980/-	5	5/-
퍼시픽랜드(제주)	437.25	16/6	1,749	/	4	/
거제 씨월드	525, 240, 376, 450, 283, 258	-/ 91, 44, 44, 44, 34	2,495/ 1,451/ 1,476/ 1,808/ 1,407/ 1,097	-/ 522, 185, 204, 189, 160, 129	6	-/6

100여km가 넘게 이동하는 돌고래의 본능을 충족시키기는 커녕 최소한의 법적 기준 요건조차 만족하지 못하고 있음이 확인되었다.

## 라. 폐사현황

자연상태에서 서식하는 돌고래의 경우 평균 수명이 30년 이상에 달하는 것에 비해 수족관에서 감금되어 생활한 돌고래들의 경우 평균수명이 제주M랜드의 경우에는 561일(1년 6개월 16일), 제주P랜드의 경우에는 2033일(5년 6개월 28일), 울산 J고래생태체험관의 경우에는 418일(1년 1개월 23일), 거제S월드의 경우에는 717일(1년 11개월 22일)에 불과할 정도로 극도로 짧은 시간에 폐사하는 것을 확인하였다.<sup>27)</sup>

무엇보다 충격인 것은 계속하여 자체 번식을 시도하고 있는 울산 J고래생태체험관은 사람과 유사하게 12개월 이상의 임신기간을 거쳐 출생한 돌고래 새끼들이 불과 3개월, 7개월 남짓한 시기에 폐사에 이르던 중 최근에는 태어난지 4일, 6일 된 개체들도 계속하여 폐사하고 있다는 점이다.

수족관에 감금된 돌고래들의 폐사원인을 살펴보면 폐혈증, 폐수종, 세균 감염에 의한 출혈성 기관지 폐렴, 심장마비, 당뇨 합병증 등의 질병으로 인한 원인이 확인되었으며,<sup>28)</sup> 생존한 개체들에

27) 2017. 3. 29.자 고래류 사육시설 민관공동조사 결과 관련 이정미 의원실 보도자료 참조  
〈돌고래 폐사 보고서〉 환경운동연합 바다위원회 자료 (2017) 참조

28) 2017. 3. 29.자 고래류 사육시설 민관공동조사 결과 관련 이정미 의원실 보도자료 참조  
별첨 4) 국내 수족관 돌고래의 주요 질병 및 건강상태

업체명	과거 주요 질병(폐사원인)	현장 점검시 건강상태
서울대공원	복막염, 위장출혈, 폐렴, 장중첩, 만신전신성쇠약 등	돌고래의 스트레스로 사육사들이 공격당하는 경우 발생
울산 고래생태체험관	전신성 패혈증, 돈단독증, 세균성 기관지 폐렴 등	새로 반입된 10번 돌고래 우울증, 장꽃분 피부 백화현상
한화 아쿠아플라넷 제주	장꼬임	
한화 아쿠아플라넷 여수	면역력 저하로 인한 피부병, 좁은 사육환경으로 인한 척추만곡 우려	면역력 저하로 인한 피부병, 좁은 사육환경으로 인한 척추만곡 우려
롯데월드 아쿠아리움	패혈증	상처발견
마린파크(제주)	세균성 피하농양, 균혈증, 뇌부종, 기관지 폐렴 등	
퍼시픽랜드 (제주)	세균 감염에 의한 출혈성 기관지 폐렴, 전신성패혈증 등	일정한 방향으로의 반복적인 유영(추가적인 관찰 필요)
거제 씨월드	인후부 농양으로 인한 패혈증, 세균감염으로 인한 폐렴, 급성 장염전 등	정형행동 발견(같은 위치에서 점프 반복)

서도 열악한 사육환경으로 인한 반복적으로 뛰어오르거나 계속해서 벽에 부딪치는 정형행동들이 관찰되었다. 그럼에도 돌고래의 건강을 관리하는 수의사가 상주하는 업체는 5곳(3곳은 협진형태로 운영, 1곳은 축탁수의사)에 불과하였고 수의사가 상주할지라도 법적으로 구비하도록 한 서류가 작성, 제출되지 않아 수의적 의료행위가 적절하게 이루어지는지 확인이 불가능한 현실이다.

#### 마. 관리형태

국내 돌고래 사육시설의 경우 수조에 LSS시스템(Life Support System, 생명유지장치시스템)을 통해 수질관리를 하고 있으며, 공급 여과 시스템을 마련하여 인근 해수욕장에서 들어온 물을 여과하여 사용하고 있다고 한다.

그러나 거제S월드의 경우에는 다른 업체와는 달리 큰돌고래(몸길이 보통 2.7~3.3m 정도, 몸무게 300kg 이하)에 비해 상대적으로 크기가 큰 벨루가(몸길이 최대 4.5m 정도, 몸무게 약 1.5톤 정도)까지 보유하고 있는데, 이에 대한 별도의 기준이 마련되어 있지 않아 큰돌고래에 대한 관리 기준을 벨루가에게 그대로 적용하는 문제가 발견되고 있다. 또한 벨루가는 매우 추운 극지방에서 서식하는 개체임에도 냉각시설이 제대로 갖춰지지 않아 수온 14도 내외에서 사는 벨루가에게 여름철 20도 이상의 물을 공급되고 있음이 확인된 바 있으며, 야외 쇼장이나 수조에 차양시설이 설치되어 있지 않아 장시간 햇빛에 노출되는 훈련이나 쇼로 말미암아 일광화상 흔적이 발견되기도 하였다.

### 3 검토

자연상태에 비추어 지극히 협소한 수조 공간의 사육환경은 돌고래들에게는 감금시설에 불과하며, 그 과정에서 이루어지는 쇼를 위한 훈련과 돌고래의 특성을 고려하지 않은 라이드 체험 등의 체험 프로그램의 운영은 돌고래들에게 극심한 스트레스 징후인 정형행동을 유발하고 있다.

‘정형행동’이란 틀에 박힌 행동을 반복하는 것을 말하는데, 격리시켜 사육하는 동물이나 우리에 갇힌 동물에서 흔히 발견되는 증상으로 전문가들은 정형행동이 비좁은 우리 안에서 끊임없이 사람들에게 노출되는 스트레스를 겪고 있는 동물들의 정신적 장애라고 보고 있다.

특히 돌고래들의 경우에는 전술한 바와 같이 초음파를 통해 반향정위로 위치를 파악하고 이동 경로를 결정하는데, 반향정위란 '되돌아와 울리는 소리로 위치를 정하는 것'으로 즉, 음파를 내보내고 되돌아온 음파를 분석하여 장애물 등을 피하여 진행방향을 결정하는 감각의 인식형태를 지칭한다. 그러나 하루에 100~160km를 헤엄칠 수 있는 자연상태와는 달리 좁은 콘크리트 내지 유리수조에서는 초음파를 쏘면 금세 벽에 부딪치고 다시 맞은 편 벽에 부딪치고 또다시 다른 벽에 부딪쳐 돌아오는 음파로 인해, 거리와 방향을 판별하기는 커녕 짧은 음파들의 공전때문에 하루 종일 극심한 이명에 시달리고 있는 것과 다른없는 상태에 놓이게 된다. 이에 더해 야생에서처럼 헤엄을 치려고 해도, 속도를 조금만 낼라치면 금세 벽에 닿기 때문에 나아갈 수 없이 수조 안을 왔다 갔다 하게 되는 이유로, 수조 속에 갇힌 돌고래들은 수조 벽에 일부러 몸을 부딪치고 긁는 등의 자해 증상과 수조 안을 느리게 원형으로 도는 행동, 같은 위치에서 점프를 반복하고 계속해서 벽에 부딪히는 명백한 정형행동들이 확인된다.

무엇보다 돌고래들의 고통을 단적으로 보여주는 것은 폐사율이다. 거제S월드의 경우, 2014년 개장 이래 현재까지 기대수명에 훨씬 못 미친 채 폐사한 돌고래는 모두 9마리에 달하며, 이는 전체 보유하고 있는 돌고래의 절반이 사망한 것으로, 매년 1 ~ 2마리의 돌고래가 거제씨월드에서 죽어갔다는 것이다. 울산J고래생태체험관의 경우에는 2009년 개장한 이래 보유 돌고래 12마리 중 8마리가 사망하여 약 67%가 사망하였는데, 돌고래들의 폐사 원인은 주로 패혈증, 세균감염으로 인한 폐렴 등으로 알려져 있다.

전문가들은 수족관 돌고래의 사인으로 폐렴, 패혈증이 많은 데 대해, 야생의 바다와 달리 좁고 열악한 환경에서 돌고래들이 받는 스트레스가 극심하고, 이로 인해 면역력이 약화된 상태에서 서로 물어뜯는 등의 행위로 인해 미생물에 감염이 되면, 자연상태에 비해 회복이 되지 않고 악화되는 것으로 추정하고 있다.<sup>29)</sup>

결국 자연상태에서 살아가는 돌고래들을 무리한 방법으로 불법 포획한 후 인간이 정한 최소 기준 요건에 충족한다는 이유로 20여m에 불과한 수조에 가둬두는 것은 인간의 입장에서는 최선의 배려라고 주장할지라도 돌고래의 특성을 고려하면 이는 엄연한 감금에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

29) KBS NEWS, '돌고래 8번째 폐사...학대 논란 '재점화'', 2020.7.28.  
<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4504453>

또한 국내 돌고래쇼장 등의 경우에서 행하는 체험형 프로그램의 경우에도 관람객을 등에 태우고, 입 맞추고 만짐을 당하는 등 끊임없이 시각적, 청각적으로 관람객들에게 노출되고 원치 않는 접촉에 시달리고 있는 현실이 적발되었고, 이는 지난 2020. 7. 28. 국회에서 열림 제2차 농림축산식품해양수산위원회에서 문성혁 해양수산부 장관이 ‘(돌고래와 벨루가 등에 올라타거나 입을 맞추는 행위) 오늘날 기준으로 보면 동물학대가 맞다’고 답변한 사실에 비추어도 인간의 오락과 영리추구를 위한 이기적인 행위들은 동물의 복지를 위하여 즉각 개선되어야 한다고 할 것이다.

## V. 제도개선방안

### 1 비인간동물의 권리주체성 인정

#### 가. 비인간동물의 권리주체성 인정 필요성

현재의 법체계 하에서는 수족관에 감금되어 학대당하고 있는 돌고래가 법률적 구제수단을 이용하여 수족관을 벗어나기 어렵다. 우리 민법에서는 돌고래와 같은 동물을 물건으로 보고 있어(민법 제98조) 돌고래들은 자신을 학대하고 있는 소유주인 수족관 측의 소유물이 되므로 해당 돌고래들이 야생생물보호법 제71조에 따라 허가 없이 반입되어 몰수 대상 등이 되거나 해당 수족관이 폐원하지 않는 한 사실상 법적인 구제수단을 이용하여 수족관을 벗어날 길은 찾기 어렵다. 동물보호법 등에서도 소유주가 동물을 명백하게 학대하고 있어도 해당 동물에 대한 소유권을 박탈하도록 하는 근거 조항을 두고 있지 않아 법적인 수단을 이용하여 동물학대자로부터 동물을 분리하기 힘들다. 또한 돌고래와 같은 동물들에게 권리주체성이 인정되지 않으므로 소유주가 아닌 다른 사람이 돌고래 등의 권리를 보호하기 위한 법률대리인 등이 될 수도 없다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 동물에게 재판을 청구할 수 있는 권리주체성이 인정되거나 최소한 인신보호청구권이 인정되어야 할 것이다. 이하에서는 동물에게 재판청구권을 인정할 수 있는지에 대해 살펴보기 위해 역사적으로 사법절차에서의 동물의 지위가 어떻게 인정되어 왔는지, 현대사회에서 동물의 지위를 어떻게 보고 있는지, 동물의 재판받을 권리와 관련하여 국내외 동향은 어떠한지에 대해 살펴보고 우리나라에서 동물의 재판받을 권리를 어떤 방식으로 인정할 수 있을지에 대해 논해보고자 한다.

## 나. 동물의 법적지위 관련 국내외 동향

### 1) 동물의 법적지위의 해외동향

앞서 언급한 스위스 사례 외에도 동물의 법적지위에 대한 논의는 매우 첨예하다. 미국의 동물권 변호사로 명성이 높은 스티븐 와이즈는 제인 구달, 피처 싱어 등 철학자, 생물학자, 활동가 등 각 계의 전문가들을 모아 1996년 비인간권리프로젝트(Nonhuman Right Project)를 발족했다. 이들은 대형 유인원, 코끼리, 아프리카 회색앵무, 고래목과 같이 높은 지능 뿐 아니라 자의식이 있고, 복합적인 의사소통 능력을 보이며, ‘마음 이론’(다른 개체의 마음을 추론하는 능력)의 일부 또는 모든 요소를 가지고 있는 동물들에게 인격성(personhood)을 법원으로부터 인정받게 하는 것이 목적이었다. 이들은 23년만인 2013년 침팬지 4마리 허쿨리스와 리오, 토미, 키코에 대해 habeas corpus<sup>30)</sup>를 청구하였는데 이 때 침팬지가 학대당하고 있는지, 적절한 환경에서 지내고 있는지에 집중하지 않았다. 침팬지가 법인격체이며 억류(감금)은 그들의 권리를 침해하는 행위라는 점을 주장했다. 그는 법원으로부터 침팬지들을 플로리다에 있는 넓은 보호시설인 세이브더침스로 보내라는 명령을 얻어내고자 했다. 하지만 결과는 모두 기각되었다.<sup>31)</sup>

하지만 아르헨티나의 상황은 달랐다. 1993년 아르헨티나는 과학자와 활동가들이 대형유인원프로젝트(Great Ape Project)을 발족하고, 대형 영장유에 대해 생명권과 자유권, 물리적 가학 행위를 당하지 않을 권리를 기본권으로 제시했다. 2013년 부에노스아이레스 동물권에서 20년을 갇혀 지낸 오랑우탄 샌드라에 대해 인신보호영장을 청구했고, 재판관 전원은 샌드라가 “비인간인격체로서 일정을 기본권을 가지며, 그 중에는 자유를 누릴 권리, 억류의 고통을 당하지 않을 권리가 포함된다”는 데 동의하고 그녀를 보호구역으로 이송되어야 한다고 판시했다. 2016년에는 부에노스아이레스 동물원이 “이러한 억류 상황은 동물들에게 굴욕적”이라고 하며 완전히 폐장하였다.

30) ‘당신에게는 신체가 있다(that you may have the body)’는 뜻의 라틴어이며 주로 인신보호영장으로 번역한다. 국내에도 비슷한 제도로 인신보호제도가 있다. 위법한 행정처분이나 개인에 의해 부당하게 수용시설에 갇혀 있는 개인 또는 그 법정대리인·후견인·배우자·직계혈족·형제자매·동거인·고용주, 수용시설 종사자 등은 피수용자를 수용하고 있는 시설의 장 또는 운영자를 상대로 법원에 구제청구할 수 있다.

31) 개인 소유였던 토미에 대해서는 “동물은 인신보호영장에 의한 구제를 목적으로 인격체로 여겨진 적이 없으며, 주 법이나 연방법상에서 명확히 인격체나 권리능력의 주체로 여겨진 적이 없다. 침팬지에게는 권리에 수반되는 책임을 수행할 능력이 없다. 침팬지를 포함한 동물들에게 어느 정도의 보호를 제공하는 다른 법 조항이 존재한다.”는 이유로 기각되었다. 다만 침팬지를 위한 법적 보호를 강화하도록 입법부를 설득해보라고 조언하였다. 대학 실험실에 있던 허쿨리스, 리오 역시 기각되었다. 그러나 재판관은 “시대는 우리를 어떤 진리에 눈멀게 하며, 후세대는 한때는 필요하고 적절하다고 여겼던 법이 실은 억압의 효과만 낼 뿐임을 깨닫곤 한다”는 인상적인 판결문을 남겼다. 이후 여론의 압박이 커지자, 뷰이베이라연구소는 허쿨리스와 리오 뿐만 아니라 그들이 보유하고 있던 220마리 침팬지 모두를 조지아의 침팬지 보호구역으로 이주시키겠다고 밝혔다.

2016년에는 멘도사 동물권에서 20년을 갇혀 지낸 침팬지 세실리아에 대해서도 “6개월 내에 침팬지 보호구역을 옮길 것을 명령했고, 동물을 물건으로 분류하는 것은 옳은 기준이 아니”라고 결론 내었다. “이는 동물에게 인간과 동일한 권리를 부여하느냐의 문제가 아니라, 그들이 살아 있고, 지각하는 존재로서 법인격을 가진다는 사실, 그리고 그들이 각자의 종에 적합한 환경에서 나고 살고 자라고 죽을 기본적인 권리를 가진다는 사실을 확정적으로 수용하고 이해하느냐의 문제다”라고 설시하였다.<sup>32)</sup> 본 사례의 구체적인 판결문의 번역본을 [부록1]로 첨부하였다.

인도의 경우, 황소를 확대하여 길들이는 인도 전통 행사인 잘리카투의 위법성을 묻는 소송에서 인도 헌법 제21조의 보호대상을 모든 동물로 확대하는 판결을 내렸다. 황소가 “건강하고 청결한 환경에서 살아가고, 인간에게 매맞고 차이고 극심한 고통을 당하지 아니하고, 억지로 술을 마시거나 균중의 고함과 야유에 둘러싸인 채 좁은 구획 안에 서 있도록 강요받지 아니할 헌법상의 권리를 가진다”고 하였다. 이후 인도에서는 코끼리, 개, 닭, 말, 조류와 관련한 다른 동물권 소송이 여러 차례 제기되었다. 서커스 동물에 대한 학대 사건에서는 “동물에게 연민을 보이는 것뿐만 아니라, 그들의 권리를 인정하고 보호하는 것 역시 우리의 기본적 의무이다. 인간에게 기본권을 누릴 자격이 있다면 동물 역시 그러하다”는 것이었다. 2013년에는 돌고래에 대해 “비인간 인격체로서 그 고유한 권리를 누려야 하며, 오락을 위해 그들을 억류하는 행위는 도덕적으로 용납할 수 없다”면서 그러한 관행을 금지했다.

이밖에도 인도의 법원은 갠지스 강과 야무나 강에 법인격을 있음을 인정하기도 했다. 이로써 갠지스 강과 야무나 강은 대리인 등을 통해 강물을 오염시키는 이들을 상대로 소송을 제기하는 등의 권리를 행사할 수 있게 되었고, 강을 오염시키면 상해죄와 마찬가지로 규율하게 되었다. 얼마 지나지 않아서는 히말라야 산맥의 강고트리 빙하와 야무노트리 빙하에도 법인격이 있다고 결정했다. 법원은 “이들(빙하)의 권리는 사인의 권리와 동등하다”며 “이들을 손상하거나 해를 끼치는 경우 이는 사람을 다치게 한 것과 동일한 일로 간주하겠다”고 설명했다. 이외에도 히말라야의 폭포, 초원, 호수, 숲 역시 법인격을 확인받았다. 뉴질랜드의 경우 선주민인 마오리족이 신성시하는 황거누이 강에 인간과 같은 법적 지위를 인정한 법률을 통과시킨 전례고 있다. 황거누이 강 주변의 마오리족 공동체는 1870년대 이래 이 강과의 특별한 관계에 대한 인정을 받기 위해 정부를 상대로 싸워왔다. 황거누이 강이 불가분의 살아있는 유기체로, 북섬 중앙의 산들로부터 바다에 이르기까지 모든 물질적이고 정신적 요소들을 포용하는 것으로 항상 믿어왔기 때문이다. 결국 150년 만

32) 해당 판결문의 주요내용은 부록2에 실어둔다.

에 법상으로 인간의 지위를 끌어내며 이 강을 둘러싼 전통을 유지할 수 있게 됐다. 권리와 의무, 책임 등 인간이 가진 것과 같은 법적인 지위를 갖게 되었으며, 마오리족 공동체가 임명한 대표자 1명과 정부가 임명한 대리인 1명이 공동으로 이를 대변하게 되었다.<sup>33)</sup>

더 넓게는 헌법을 개정한 사례도 있다. 2008년 에콰도르는 자연의 권리 조항을 담은 헌법개정안을 국민투표로 통과시킴으로써 헌법에서 자연의 권리를 인정한 첫 번째 나라가 되었다. 헌법 제 71조는 “생명이 재창조되고 존재하는 곳인 자연 또는 파차마마(Pachamama)는 존재와 생명의 순환과 구조, 기능 및 진화 과정을 유지하고 재생을 존중받을 불가결한 권리를 가진다. 모든 개인과 공동체, 인민과 민족은 당국에 청원을 통해 자연의 권리를 집행할 수 있다.”고 하였다. 이에 따라 2011년 에콰도르 법원은 처음으로 자연의 권리 조항을 인용하여 환경영향평가를 하지 않고 도로 건설과정에서 발생한 폐기물을 하천에 버린 지방정부를 상대로 강과 주변 생태계의 원상회복을 구한 원고의 청구를 받아들이고 하였다.<sup>34)</sup>

## 2) 동물의 재판청구권의 국내동향

### 가) 대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148, 1149(병합) 결정

2003년 천성산 지역 터널공사에 대한 공사착공금지가처분 사건에서 대법원은 “자연물인 도롱뇽 또는 그를 포함한 자연 그 자체로서는 이 사건을 수행할 당사자 능력을 인정할 수 없다”고 하였다.

### 나) 청주지법 2008. 11. 13. 선고 2007구합1212 판결

황금박쥐, 관코박쥐, 수달, 고니 등 7종의 동물 등이 ‘충주 가금-칠금 도로확장포장공사 구역 결정처분 등 무효확인을 구한 사건에서도 “동물 각자의 개체성 인정이 되지 않는 상태에서 어느 황금박쥐가 이 사건 소송을 제기하는 것인지 특정되지 않았을 뿐 아니라 황금박쥐 일체를 대표한다고 볼 수 없다”고 하여 각하하였다.

### 다) 서울행법 2010. 4. 23. 선고 2008구합29038 판결

군산 지역 복합화력발전소 공사계획 인가처분에 대한 가처분취소 사건 역시 “검은머리물떼새는

33) 데이비드 보이드, 이지원 역, ‘자연의 권리’, 2020, 76-100, 에스트라테일러, 이재경 역, ‘민주주의는 없다’ 2019, 162-177 참조하여 정리

34) 박태현, ‘에콰도르 헌법상 자연의 권리, 그 이상과 현실’, 한국환경법학회, 2019. 107-141 참조

자연물이고, 비록 자연 내지 자연물에 대한 보호 필요성이 크지만 그 자체에 대해 당사자 능력을 인정하고 있는 현행 법률이 없으며, 이를 인정하는 관습법도 존재하지 않기 때문에 검은머리물떼새에게는 당사자 능력이 있다고 할 수 없다”고 하였다.

#### 라) 서울행법 2019. 1. 25. 선고 2018구합2230 판결

이후 20여 년이 지나, 설악산에 케이블카를 만들기 위해 천연보호구역의 현상변경을 허가하자, 허가처분취소를 구하기 위해 산양 28마리가 문화재청을 상대로 낸 소송에서도 재판의 쟁점은 자연물인 동물이 소송 주체가 될 수 있느냐였다. 그러나 “소송당사자가 자기 이름으로 재판을 청구하거나 소송상의 효과를 받을 수 있는 자격을 말하기 때문에 동물을 원고로 인정할 수 없다”는 반복적인 입장을 확인하는 데 그치고 말았다.

#### 3) 소결

“동물은 물건이 아니다. 동물은 특별법에 의해 보호된다.” 독일민법 제90조 a이다. 동물을 물건으로 취급하고 있는 우리 민법과 정면으로 배치된다. 동물에게 권리가 있음을 인정한다는 것은, 모든 동물에게 똑같은 권리를 부여하는 것이 아니다. 남성에게 임신중단의 권리를 주는 것이 무의미할 수 있듯, 침팬지와 범고래에게 선거권은 무의미할 수 있다. 하지만 각자의 종에 적합한 권리를 누려야 한다 내지 각자의 권리를 대변할 수 있게 해야 한다는 주장은 합리적인 것으로 보인다. 그 핵심에는 생명권, 자유권, 건강권, 적절한 돌봄을 받을 권리, 온전한 서식지에 관한 권리 등이 포함될 것이다. 해외에서는 이미 반려동물에게 재단법인 등을 통해 거액의 상속을 하거나 재산을 신탁하는 등의 사례가 종종 목격된다. 스위스의 경우 국민투표를 통해 학대 피해를 입은 동물들을 위한 변호사제도를 둘 필요는 없다고 결론이 나기는 했으나, 일부 주의 경우 이미 동물담당 변호사가 선임돼 있는 경우도 있다. 동물권은 이미 인권의 역사의 뒤를 바짝 추격하고 있는지도 모른다.

#### 다. 우리나라에서의 비인간동물 재판청구권 인정 방안

단기적으로 인신보호법(Habeas Corpus Act)의 개정을 통해 학대상태의 동물에 대해서만이라도 수용 및 학대상태에서 벗어나게 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인(私人)에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련함으로써 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 지난 2007년 12월 제정되었다. 헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당할 때 적부의

심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있다.

동법 제3조에 따르면 구제청구는 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시된 때 또는 피수용자가 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때 할 수 있으며, 구제청구자가 될 수 있는 자는 피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자로 되어 있다. 그리하여 현실에서는 병원이나 시설에 수용되어 있는 정신적 장애인, 치매노인, 아동 등 의사표현 능력이 다소 부족한 피수용자들이 이용하는 경우가 많다. 이때 동법 제12조에 의해 피수용자와 구제청구자는 변호인을 선임할 수 있으며, 구제청구자 등이 빈곤이나 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우 구제청구자 등의 명시적 의사에 반하지 아니하는 이상 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. 동법 제13조는 법원은 사건을 심리 후 청구가 이유 있는 경우 피수용자의 수용을 즉시 해제할 것을 명하거나, 청구가 이유 없는 경우 청구를 기각하게 된다. 또한 제16조에 의해 이 법에 따라 수용이 해제된 자는 구제청구의 전제가 된 사유와 같은 사유로 다시 수용할 수 없다.

그렇다면 인신보호법을 통해 고래류에게 피수용자의 지위를 부여하여 변호인이나 후견인의 지원을 받아 수족관에서 수용해제시킬 방법은 없는 것일까. 동법 제2조에 의하면 “피수용자”란 자유로운 의사에 반하여 국가, 지방자치단체, 공법인 또는 개인, 민간단체 등이 운영하는 의료시설·복지시설·수용시설·보호시설에 수용·보호 또는 감금되어 있는 자이다. 인간이 보유·사육하고 탈출하지 못하게 시설에 가둔 동물원·수족관 내의 야생동물을 지칭할 때 포로 상태에 있다는 의미로 captive animals이라 하는데 이 때 captivity안에는 이미 감금, 억류의 의미를 가지고 있다. 또한 앞서 검토한 바와 같이 수족관의 고래류가 현재 지내고 있는 수족관은 본래 서식환경에 비해 터무니없이 비좁고, 비위생적이며, 고지능과 복합적인 감정구조를 지닌 고래류는 이로 인해 감금, 스트레스성 정형행동, 잦은 폐사를 유발하고 있다. 무엇보다 고래류의 의사와는 하등 관계없이 사람들이 유인·약취·감금의 방식으로 납치하여 길들이고 착취하고 있다고 볼 수 있고, 더 이상 고래류를 수입하거나 반입하지 않도록 한 것이 이를 방증한다.

문제는 피수용자를 ‘사인’에 한정하여 해석하고, 구제청구자의 범위가 제한적이라는 데 있다. 그러나 동법의 근원인 ‘Habeas Corpus’, 즉 ‘that you may have the body’ 그 어디에도 ‘사람’이라는 문구는 없다. ‘법에 의하지 않고서는 자유의지에 반해 신체를 구속당하거나 구금되지 않는다’라고 했을 때의 신체성은 인간만의 전유물이 아니다. 외국어로 된 법이 여러 차례 번역되고 계수되면서 ‘신체’의 의미가 ‘인간의 신체’로 축소되었을 따름이지, 피수용자의 대상은 얼마든지 신체

성을 가진 대상으로 확장할 수 있다. 한편 동법의 구제청구자 역시 그 범위가 협소하다는 지적 등으로 세 차례에 걸쳐 법개정이 있었지만 여전히 구제청구자의 범위는 한정적이다. 최소한 검사, 권익옹호자 정도를 추가할 필요가 있다. 그러나 동물의 법적지위를 물건으로 보는 한 소송의 당사자성을 인정하지 않기 때문에 후견인이나 변호인과 같은 조력인의 지원을 받을 수 없(다고 해석되)는 문제는 여전히 남는다.

따라서 장기적으로 이에 대한 근본적인 개선안은 동물의 법적지위에 변화를 이끌어내는 것이다. 관련하여 법무부는 2021. 3. 8. ‘2021 법무부 주요업무계획’에서 동물의 법적 지위를 비물건화하고, 강제집행을 금지하는 민법·민사집행법 개정을 올 하반기까지 추진한다고 밝혔다. 1인 가구를 포함한 다양한 가족 형태의 공존을 위한 제도를 개선하면서, 이미 가족으로 자리 잡은 반려동물도 그에 맞는 법적 지위를 갖게 하겠다는 취지다. 기본적으로 동물을 물건, 소유물(재산)로 보기 때문에 발생하는 한계를 개선하고 법제도를 구체화하는 데 도움이 될 수 있을 것으로 보인다. 가령, 동물학대 사건에서 동물의 상해나 사망을 더 이상 ‘재물손괴’로 다루지 않게 되고, 재산의 강제집행시 압류의 대상에서 제외하거나, 상속이나 신탁이 가능해지게 될 수 있다. 무엇보다 보호자로부터 학대당한 동물의 소유권을 박탈하거나 분리 조치가 어려웠던 이유가 소유권 때문이었는데 동물이 제3의 지위를 얻게 되는 경우 학대자로부터 격리, 보호조치를 하는 것이 용이해질 수 있을 것으로 기대된다.

더 나아가 민법 개정 취지가 동물을 물건이 아닌 가족의 일원으로 본다는 것이므로 독일 민법처럼 동물이 제3의 지위를 부여받게 되면 소송의 주체로서 당사자 지위가 부여될 수도 있다. 2004년 천성산 터널 공사나 2019년 설악산 오색케이블카 사업의 행정 소송에서 도롱뇽, 산양 등이 소송의 주체가 될 수 없었던 것은 법원이 동물의 소송의 당사자성을 인정하지 않아 각하되었기 때문이다. 동물이 비물건화 된다면 동물도 소송 당사자의 지위를 얻고, 이에 따라 후견인이나 변호인을 선임할 가능성도 배제할 수 없을 것이다. 다만 이번 법무부의 발표가 1인가구의 사회적 공존을 위한 제도 개선책을 논의하는 ‘사공일가(사회적 공존, 1인가구) TF’에서 논의할 계획이라는 점을 고려할 때 반려동물에 한정하여 해석될 여지가 있으므로, 일부 동물에만 적용하는 것이 아니라 모든 동물에 적용될 수 있도록 주시하고 방향을 잡아갈 필요가 있다. 그렇게 된다면, 수족관에 수용된 고래류에 대하여도 인신보호법을 적용하여 변호인이나 후견인의 조력으로 재판을 통해 수용해제될 수 있을 뿐만 아니라 다양한 민사, 형사, 행정소송을 통한 법제도 개선의 길이 열릴 것이다.

## 2 수족관에서의 돌고래 학대 관련 제도개선방안

### 가. 수족관 자체 번식 금지

위에서 살펴본 바와 같이 캐나다, 프랑스, 미국 등 해외 주요 국가들은 수족관 내에서 고래류를 자체적으로 번식시키는 것을 금지시키고 있다. 캐나다 Bill S-203에서는 고래류를 번식시키는 자, 정자 또는 배아 등 고래류 번식을 위해 필요한 물질을 소지하거나 소지하고자 하는 자를 200,000 캐나다 달러 이하의 벌금에 처하고 있으며[Criminal Code section 445.1.(2)], 허가 없이 고래류 및 그 정자, 조직, 배아를 수출하는 행위도 금지하고 있다[Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act section 7.1.]. 또한 프랑스에서도 감금 상태에 있는 고래류의 번식을 금지하는 지침을 내린 바 있다(고래류 공공 전시에 관한 지침, Arrêté du 3 mai 2017 fixant les caractéristiques générales et les règles de fonctionnement des établissements présentant au public des spécimens vivants de cétacés). 또한 미국 캘리포니아주에서도 대중 전시를 목적으로 범고래류를 번식시키는 행위, 배양을 목적으로 돌고래류를 수입하거나 수출하는 것을 금지하고 있으며, 이를 어기는 경우 \$100,000를 초과하지 않는 선에서 벌금형에 처하고 있다.

현재 우리나라에서는 고래류의 보호를 위해 다양한 법령이 시행되고 있다. 예를 들어 야생생물보호법에 따라 모든 고래류(국제적 멸종위기종)는 수입·반입시 환경부장관의 허가를 받아야 한다. 실제로 2017년 이후 전시용 고래를 수입 허가한 사례가 없다. 또한 2018년도부터는 일본 다이지 돌고래와 같이 잔인하게 포획된 국제적 멸종위기종의 경우 수입을 금지하고 있다(야생생물 보호 및 관리에 관한 법률 시행령 별표 1 제1호 나목 2) 나), 제2호 나목 3) 나), 제3호 나목 4) 나)). 또한 정부에서는 수족관 서식 동물 복지 향상을 위해 향후 신규 등록(허가) 수족관의 고래류 사육 및 전시를 전면 금지하기로 하기도 하였다.<sup>35)</sup> 그러나 고래류 번식에 대한 규제는 아직 이루어지지 않고 있다.

고래류의 생명권을 보호하고, 위와 같이 고래류를 보호하기 위한 정책들이 제대로 운영되기 위해서는 수족관 내에서의 고래류 번식이 엄격하게 금지되어야 한다. 해외 주요국들의 사례를 참고하여 고래류의 수족관 내 번식을 금지하는 법령을 만들고, 이를 위반할 경우 형사처벌, 허가 취소 등의 조치가 내려질 수 있도록 해야 할 것이다.

35) 해양수산부, 제1차 수족관관리종합계획 (2021~2025), 2021. 1., 11.

## 나. 수족관 시설 기준 수립

동물원 또는 수족관을 운영하는 자는 보유 생물에 대하여 생물종의 특성에 맞는 영양분 공급, 질병 치료 등 적절한 서식환경을 제공하여야 하며(동물원수족관법 제6조), 환경부장관과 해양수산부장관은 동물원 및 수족관이 보유하고 있는 생물종 중 특별히 보호하거나 관리할 필요가 있는 생물종을 별도로 조사하거나 관리지침을 정하여 동물원 또는 수족관을 운영하는 자에게 제공할 수 있다(동물원수족관법 제6조의2 제1항).

현재 위 규정에 따른 돌고래에 대한 시설 관리기준은 존재하지 아니하고,<sup>36)</sup> 앞서 보았듯 국내 수족관들은 야생생물법 시행규칙 제23조의7 [별표5의2]를 적용하여 자신들의 시설이 돌고래를 사육하기에 ‘적절한 환경’이라고 주장하고 있는 상황이다.

외국의 입법례에 비추어 야생생물법이 정한 시설기준은 돌고래를 사육하기 위한 적절한 환경이라 할 수 없다는 점은 차치하더라도, 이와 관련된 시설기준은 동물원수족관법에서 직접 규정하여야 한다. 야생생물법과 동물원수족관법은 그 입법목적, 연혁, 체계, 주무행정기관이 다르다. 특히 단순히 ‘국제적 멸종위기종을 보호·사육’(야생생물보호법 제16의2 제1항)하는 것과 국내 수족관들처럼 전시의 목적으로 돌고래를 다수에게 노출시키는 경우 동일한 시설이 적용되어서는 안된다.

하루 이동 거리가 100~160km에 달하고 수심 900m까지 잠수하는 돌고래를 자연이 아닌 다른 곳에 두는 것 자체가 이미 ‘감금’이라고 주장하는 사람들도 있다. 시설 내 모든 돌고래 사육을 종식시키는 것이 가장 이상적인 방안일 수도 있으나, 이것이 어렵다면 돌고래에게 최대한 자연에 가까운 환경을 제공하기 위한 시설기준을 정립하고, 이에 따라 수족관 허가 여부를 결정할 수 있도록 해야 한다.

프랑스 ‘고래류 공공 전시에 관한 지침’에 따르면, 범고래는 5개의 연결된 수조로 면적 3,500㎡, 깊이 11m 이상의 크기를 갖추어야 하며 여러 개체가 있는 경우 한 개체 당 최소 800㎡가 보장되어야 한다. 큰돌고래의 경우 3개의 연결된 수조로 면적 2,000㎡, 깊이 6m 이상의 크기를 갖추어야 하며 여러 개체가 있는 경우 한 개체당 최소 200㎡가 보장되어야 한다. 실내 수조의 경우 깊

36) 해양수산부는 적정 서식환경 제공을 위한 표준 지침을 개발할 예정이라고 밝혔다(제1차 수족관관리종합계획(2021~2025), 2021. 1., 10.).

이가 최소 5m를 넘어야 하며, 고래류를 실내 수조에만 두어선 안되고 반드시 실내 수조보다 넓은 야외 수조로 나갈 수 있는 환경을 제공하여야 한다(제7조 제1항). 수조는 각진 형태를 피하고 둥근 모습을 갖추어야 하며 물을 정화시킬 수 있는 기능이 포함되어 있어야 한다(제7조 제2항). 수조가 투명 유리로 되어 있는 경우 동물을 사람들에게 상시 노출시키지 않게끔 조치를 취하여야 하고, 환경풍부화에 특히 신경을 써야 한다(제7조 제3항).

동물원수족관법은 단순히 야생동물을 사육하는 것을 규율하기 위한 법이 아니다. ‘그 생태와 습성에 대한 올바른 정보를 국민들에게 제공하며 생물다양성 보전에 기여함을 목적’으로 한다(제1조). 돌고래에게 현저하게 부적합한 시설에서 사육되는 돌고래로는 동물원수족관법의 목적을 달성할 수 없음은 자명하다. 이를 위해선 동물원수족관법에서 직접 적어도 위 프랑스의 규정에 명시된 시설기준을 규정하여야 한다.

#### 다. 관리·감독 책임 주체 변경 및 감독 실질화

현재 동물원 및 수족관의 경우 소재지를 관할하는 시·도지사가 등록 및 취소 등을 관할하고 있다. 즉 실질적인 관리·감독 주체가 시·도지사인 것이다. 그러나 동물원, 수족관과 같은 시설의 경우 동물 전문 인력이 제대로 갖추어져 있지 않은 시·도 차원에서 제대로 관리하는 것이 사실상 불가능하다고 볼 수 있다. 실제로 수의사 진료기록 등의 자료도 현재 제대로 제출·관리되고 있지 못하다. 따라서 환경부, 농림축산식품부, 해양수산부 등 중앙 부처에서 전문적인 관리·감독을 할 수 있도록 하는 것이 더 적합할 것으로 보인다.

또한 해양수산부에서 밝힌 수족관관리종합계획에 따르면 동물복지 향상 및 사람과 동물 모두의 안전 확보를 위해 현행 수족관 등록제를 허가제로 전환하고 종별 구체적 서식환경을 고려한 종별 구체적 서식 환경을 고려한 허가 기준을 신설하기로 하였는데, 이러한 허가 주체는 역시 시·도지사가 아닌 해양수산부 등의 중앙부처가 되어야 할 것이다. 그리하여 일관적이고 전문적인 관리·감독이 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

그리고 위 계획에서 해양수산부에서는 전문검사관제를 도입하여 수족관 허가·점검시 서식환경의 적정성을 전문적으로 평가할 수 있는 전문가를 검사관으로 지정(국립해양생물자원관, 국립수산물과학원, 수족관 업계 경력자 등 관련 전문가 중 지정)하여 자문을 받을 수 있도록 하고 허가기준과 지침에 따른 현장 실사 및 평가보고서 작성 등을 하도록 하여 수족관 지도·점검을

강화하기로 하였다. 이러한 객관적이고 전문적인 인력에 따른 감독 실질화도 반드시 필요한 부분이다.<sup>37)</sup>

#### 라. 동물 학대 관련 규정 개정 및 처벌 강화

현행 동물원수족관법, 야생생물보호법, 동물보호법 등에서는 구체적으로 동물의 상해나 질병을 야기하는 행위, 사망케하는 행위 등에 대해서는 동물학대로 규정하여 처벌토록 하고 있으나 돌고래 서핑 체험 등 동물의 특성과 복지, 안전에 맞지 않는 동물복지 저해행위에 대해서는 처벌 조항 등을 두고 있지 않다. 따라서 돌고래 서핑과 같이 돌고래에게 눈에 보이는 상해를 입히지는 않으나 실질적으로 돌고래의 복지를 심대하게 해치는 행위를 규제하기 어려운 부분이 있었다.

이와 관련하여 해양수산부에서는 동물복지 조문을 신설하고 종 특성을 고려한 복지 저해행위를 구체화하여 국제적 수준의 동물복지를 확보하겠다는 계획을 밝혔다. 종 특성, 동물 복지, 안전·공중보건 등을 고려한 체험 가능 프로그램 가이드라인 마련, 금지 행위(관람객 먹이주기, 만지기, 올라타기 등) 및 벌칙을 규정하겠다는 것이다.

위와 같이 동물복지 조문을 신설하여 동물 복지 저해행위를 금지하고 관련 벌칙을 규정하는 것은 반드시 이루어져야 할 것으로 보인다. 다만, 동물복지저해행위를 지나치게 열거적, 한정적으로 규정할 경우 새로운 형태의 동물 학대 행위에 제대로 대응하지 못할 가능성이 높으므로 행위를 지나치게 구체적 열거적으로 정하기보다는 동물의 종 특성에 맞지 않는 동물복지 저해행위가 전반적으로 규제될 수 있도록 죄형법정주의에 위배되지 않는 한도에서 어느 정도는 열린 형태의 입법을 하는 것이 필요할 것으로 보인다.

#### 마. 돌고래 방류를 위한 지원 강화 필요성

수족관의 경우 민간 영역이라 하더라도 돌고래와 같은 생명을 다루고 있는 곳이므로 국가가 적극적으로 개입하여 지원할 필요성이 있다. 특히 돌고래 방류를 원하는 사업자가 있을 경우 전문성과 비용 등 측면에서 한계가 있으므로 정부에서 적극 지원하여 방류할 수 있도록 하여야 한다. 정부에서는 돌고래 방류를 위한 전문가들을 모아 방류 관련 위원회를 구성하여 체계적으로 방류할 수 있도록 지원하고, 비용 등도 지원하여 원활하게 돌고래가 방류될 수 있도록 해야 할 것이다.

37) 해양수산부, 제1차 수족관관리종합계획 (2021~2025), 2021. 1., 8.

해양수산부에서는 제1차 수족관관리종합계획에서 수족관 관리 지원을 위한 민·관 협력을 강화한다고 밝혔으나 방류에 대한 구체적인 계획은 밝히지 않았다. 빠른 시일 내에 돌고래들의 생명을 보존하기 위한 방류 지원 계획을 구체화하기를 바란다.

**[부록1]38)**

P-72.254/15(침팬지 세실리아 -비인간 개인 -에 대하여 A.F.A.D.A가 청구함) 멘도사, 2016년 11월 3일.

상기 사건 번호. P-72.254/15와 관련하여, Dr. Santiago Rauek 변호인이 대변하고, A.F.A.D.A(동물 권리 변호인 협회) 회장 Dr.Pablo Buompadre이 제출한 침팬지 Cecilia(세실리아)의 인신 보호 청구 소송에 대해Tercer Juzgado de Garantias 법정은 세실리아 측에 유리한 판결을 내린다.

사실:

I. -기록 01부터 07까지 Dr. Buompadre는 아르헨티나 시우다드 데 멘도사 동물원 관계자들이 불법적이고 독단적으로 침팬지 세실리아의 이동의 자유를 박탈하고 제대로 된 생활의 자유를 제공하지 않았다고 주장합니다. 세실리아의 건강과 신체적, 정신적 상태가 극도로 나빠지고, 생명에 위협이 될 만큼 상황이 매일 악화되기 때문에, 권한이 있으면 마음대로 처분이 가능한 법에 따른 사유재산으로서 물건(thing)이 아닌 비인간 법인격인 세실리아를 즉시 풀어주는 것이 국가의 의무라고 주장합니다.

Dr.Buompadre는 멘도사 동물원에 의해 불법적이고 독단적으로 이동의 자유를 박탈당한 침팬지 세실리아를 해방시켜, 브라질의 에드타도 데 상파울루에 위치한 소로카바 침팬지 보호소 또는 해당 종 전문가가 소로카바 침팬지 보호소에 상응한 수준의시설이라고 평가한 장소로 즉시 이주하기를 청원합니다. 이 모든 사항에 헌법 제43조, 멘도사 지방 헌법 제17조, 제19조, 제21조 및 멘도사 형사소송법 제440조 및, 국법 no.23.098를 적용하고, 헌법과 동등한 지위에 있는 기타 법 및 국제 조약을 적용하며, 국헌 제75조 제12항을 적용합니다.

원고는 세실리아가 학명 “Pan troglodytes”의 30세 전후 암컷 침팬지이며, 생애 거의 전부를 멘도사 동물원의 열악한(abberrant) 시멘트 우리에 갇혀 살았다고 묘사합니다. 이는 멘도사 동물원에서 정도가 지나친 수준으로 30년 이상을 세실리아 이동의 자유를 불법적으로 박탈당하고 죄수, 노예처럼 취급한 것으로 볼 수 있습니다. 멘도사 동물원 관계자들의 독단적인 결정으로 세실

38) 부록1과 부록2의 번역본은 연구진이 자문위원의 자문을 받아 자체적으로 번역한 것으로, 그 완성도가 다소 미흡할 수 있으니 참고용으로만 보아 주시기 바랍니다.

리아의 기본적 권리 중 적어도 두가지 권리 즉, 이동의 자유 및 제대로 된 삶의 권리가 영향을 받았으며, 청구인들은 이 사건 인신보호영장 청구를 통해 이 같은 비극적 상황을 끝내고자 합니다.

Dr.Buompadre는 세실리아가 침팬지와 같은 비인간동물에게는 너무 협소하고 온통 시멘트 뿐인 이루 말할 수 없이 비참한 환경에서 지낸다고 설명합니다. 우리 안에는 누울 담요나 건초도 없고, 침팬지들이 아주 두려워하는 바람을 동반한 악천후를 피할 공간이나, 끊임없이(constant) 동물원을 방문하는 대중과 방문 학교 학생들의 소음과 고성을 피할 공간, 관중들이 단순한 장난으로 세실리아에게 던지는 물건을 피할 은신처가 전혀 없습니다. 우리 안에 햇빛 들어오는 시간이 매일 몇 시간도 되지 않으며, 여름철에는 시멘트 바닥과 벽이 달아올라 40도 이상으로 온도가 오르고, 겨울철에는 0도 이하로 내려가 눈으로 표면이 얼어붙는 환경인데 우리의 배설물을 매일 치우지 않아 위생 관리도 전혀 되고 있지 않다고 합니다.

또한, 세실리아와 우리를 공유하던 침팬지 “찰리”(2014년 7월)와 “슈샤”(2015년 1월)의 사망 이후, 굉장히 “사교적”인 종에 속하는 침팬지 세실리아는 절대적으로 고립되어, 같은 종과 교류할 기회를 전혀 갖지 못하고 있습니다. 운동할 수 있는 녹지 공간이나 나무가 제공되지 않으며, 유희를 위한 도구나 게임 같은 풍요로운 환경을 세실리아는 경험하지 못하고, 목이 마를 때마다 물을 마실 수 있는 급수기도 세실리아에게 제공되지 않고 있습니다. 세실리아의 나이, 침팬지 종의 특징, 감금된 삶에서 받는 스트레스를 고려하면, 이런 열악한 환경이 세실리아의 삶과 신체적, 정신적 건강에 분명한 위협이 되어 세실리아의 상황을 악화하는 것이 확실합니다.

원고는 동물원에서 세실리아를 30년 이상 가두어두면서, 동물원 당국과 관계자들이 유인원 세실리아의 복지를 위해 한 일이 하나도 없으며, 세실리아를 노예로 삼아 대중에게 오락 거리로 전시하는 목적만을 위해 불법적이고 독단적으로 이동의 자유를 박탈했다고 묘사합니다. 이 “동물 감옥”의 심각한 상황이 폭로되어, 이와 관련한 사회적 압력이 거뒀던 2013년 말에도 세실리아의 상황은 개선되지 않았습니다.

여기에서 아주 근본적 질문(the great question)을 살펴볼 필요가 있습니다. 오랑우탄, 보노보, 고릴라, 침팬지와 같은 유인원들은 비인간 법인격인가?

이와 관련하여 민법(civil legislation)의 규정을 살펴볼 필요가 있습니다. 민법 227조는: “사유 재산은 스스로 또는 외력에 의해 한 곳에서 다른 곳으로 움직일 수 있는 것이다. 단, 부동산의 부

속물은 예외로 한다”고 명시하고 있습니다. 이에 따르면 사유재산은 스스로 움직이는 동물, 반운동(semi-moving) 물체, 자동차처럼 사람이나 기계에 의해 구동(propulsion)되는 무생물 세 부류가 있습니다.

전통적으로 동물은 스스로 움직이기 때문에 위 민법 제227조에 따라 사유재산이라고 해석해 왔습니다. 그러나 전통적 해석은 사유재산을 세 부류로 나누면서 동물은 물건이므로 국가 및 개인이 사유재산으로 소유할 수 있다고 단정할 뿐, 현재 우리가 제기한 근본적 질문에 대해서는 아무런 답을 주고 있지 않습니다.

최근 개정된 민상법 제240조는 사유재산에 대한(over property) 개인의 권리행사를 제한하는 다음과 같은 규정을 두었습니다. “제1절 및 제2절의 사유재산에 관한 개인의 권리행사는 공익에 대한 권리(rights of collective impact)와 양립 가능해야 한다. 권리행사는 공익을 위한 국가 및 지방 단계의 행정법령을 준수하여야 하며 생태계의 기능 또는 지속가능성에 영향을 주어서는 안 된다. 특히 식물, 동물, 생물다양성, 물, 문화 가치, 경관과 관련하여서는 특별법의 규정을 따른다.” 이 조항은 2002년에 정립된 일반 환경법(no. 25675 )과 관련이 깊습니다. 이 조항은 미래를 위해 인류가 온당하고 지속가능한 삶을 보장하는 공익에 대한 권리와 관련해 개인의 권리행사를 제한하는 규정입니다.

필자는 우리 사회가 10년 이상 공인 혹은 사인의 세습의 일부인 사유재산의 과잉 혹은 불법사용의 영향에 대한 인식 및 학습이 서서히 진행되어, 환경 보호 및 보전 법령의 강행이 진행되어 왔음을 알고 있습니다.

이 같은 진전에도 불구하고, 사람들은 자연적인 사회의 범주 속에서 동물에게 어떤 일이 일어나는지에 관해 충분히 생각해 본 적이 없습니다. 사법부도 현재 제기되고 있는 “동물은 법인격인가?”에 관해 자문한 적이 없습니다.

람비아스(Llambias)는 사람(human person)이 무엇인지 정의할 필요가 없다며 그 이유를 다음과 같이 밝혔습니다: “정의(定義)가 필요하지 않은 것이 있다면... 그것은 사람이다.” 하지만 필자는 이 주장과 반대로 법적 관점에서 사람의 개념은 법인격의 개념과 동일시되기 때문에, 사람의 범주는 반드시 정의되어야 된다고 생각합니다. 이로부터 다음과 같은 질문이 따라 나옵니다. 인간이 법인격으로 고려할 수 있는 유일한 존재인가? 오직 인간만이 법적 능력을 갖는 유일한 존재인가?

아리스토텔레스와 같은 저명한 철학자는 인간은 정치적 관계, 즉 사회를 만들고 도시에 생명체를 구성할 수 있는 능력이 있기 때문에 다른 동물들과 구별된다고 주장했습니다. 다시 말해, 인간의 정치적 역량만 아니라면 인간과 동물은 같은 종(species)이나 다름없다는 것입니다.

동물을 물건으로 분류하는 것은 올바른 기준이 아닙니다. 물건의 근본적인 본질은 생물과 달리 무생물 상태에 있습니다. 민사법 규정은 동물의 움직임을 포착하여 이를 다른 것과 구분하는데, 이를 통해 동물은 스스로 움직일 수 있는 “고양되고”, “독특한” 특성을 부여받습니다.

동물은 기초적 감정을 이해할 수 있는 정서적 존재입니다. 전문가들은 만장일치로 사람과 침팬지의 유전적 근접성에 더불어 다음과 같은 점에 동의하고 있습니다. 침팬지는 사고능력을 갖고 있고, 영리하고, 스스로 사리 분별하며, 문화적 다양성, 정신 훈련 표현을 갖고 있고, 슬픔을 표현하고, 식량을 얻거나 일상에서 부딪히는 간단한 문제를 해결하기 위한 도구사용 및 제작하고, 추상화 능력이 있으며, 부호를 활용한 의사소통, 행복, 좌절, 욕망과 기만과 같은 감정표현 능력을 갖고 있습니다. 또한 동족간 전쟁을 위한 전략 구축 및 사냥을 위한 매복을 할 수 있고, 메타 인지적 능력이 있으며, 도덕, 초자연적, 육체적인 지위를 갖고, 그들만의 문화가 있으며, 정이 있고(서로 어루만져 줍니다), 거짓말을 할 줄 알며, 인간의 언어 및 도구 사용을 위한 부호를 갖고 있습니다.

침팬지와 같은 영장류는 정서적 존재이고 따라서 비인간으로서 권리를 갖는다는 점은 부인할 수가 없습니다. 이러한 구분은 앞서 살핀 법리를 왜곡하는 것이 아닙니다. 침팬지는 물건이 아닙니다. 그는 자동차나 건물처럼 처분이 가능한 대상이 아닙니다. 증거에 따르면 침팬지는 4세의 어린이 정도의 지능을 가지며, 행위능력이 불완전한 법인격입니다.

영장류는 법인격이며 정서적 존재가 마땅히 가져야 할 권리들의 소유자입니다. 언뜻 이는 실정법에 반하는 것처럼 보입니다. 그러나 동물은 물건으로 보면서도 형법까지 동원하여 잔인한 학대로부터 동물을 보호하고 있는 현행 법체계를 고려하면, 일부 국소적인 법리에 비추어 ‘실정법에 반한다’는 인상은 전체 법체계와는 조화를 이룰 수 없는 것입니다. 동물을 잔인한 학대로부터 보호하는 법률은 동물이 잔인한 학대를 “느끼고”, 그 고통은 반드시 회피되어야 하며, 고통이 발생한 경우에는 형벌로 처벌해야 한다고 확고하게 가정하고 있습니다.

동물 형법의 법리 속에서 우리는 동물권의 존재를 정당화하는 두 가지 계열의 이론을 감지할 수 있습니다. “첫째 계열은 벤담을 중심으로 한 공리주의이다. 벤담은 기쁨과 아픔(pain)을 느낄 수

있는 모든 존재는 도덕적 인격(moral person)에 해당하며, 이러한 조건을 갖춘 어떤 동물이든 법 인격(a legal person)일 수 있다고 말했다. 이와 유사한 견지에서 헨리 솔트(Salt)는 인간이 아닌 동물들의 권리를 옹호하였다. 솔트의 이론적 발전은 고통을 법인격을 판단하는 결정적인 특성으로 정의하는 피터싱어에 의해 절정을 맞이했다. 싱어는 속한 종에 상관없이 모든 법인격을 동등하게 대우해야 한다고 보는 “반 종차별주의”(anti-speciesism)를 주창하였다. ... 둘째 계열은 우리가 심층 생태학(deep ecology)으로 부르는 것이다. 이는 C.F.C.P. 판결에서도 인용된 자파로니(Zaffaroni)의 이론에서 비롯되었다. 레오나르도 보프(Leonardo Boff)는 가이아(Gaia) 이론의 일부를 명시하며 “지구는 살아있는 생명체로, 원주민에게는 대지모(Pachamama)이며 현대 우주론자(cosmologist)에게는 가이아 여신이다. 진화적 관점에서 인간은 부엽토(humus)에서 기원한 독특한 복합체(complex reality)이다. 유기체와 무기체(inert beings)는 상호작용한다. 대기, 태양, 산, 지각, 생물권(biosphere), 인간생활권(anthroposphere)은 상호작용한다. 이들이 모여 전체를 구성하고, 상호 지위의 고하(高下)가 있는 것은 아니다. 이 이론에서 살아있는 유기체로서 자연 또는 대지모는 하나의 법인격이다.”

앞에서 언급한 저자는 두 이론 모두 법적으로 무의미(void)하다고 비판합니다. 하지만 이러한 법적 무의미성은 동물이 물건인지 법인격인지에 관한 논란을 차단할 합리적이거나 충분한 근거가 아닙니다. 민상법에서 동물을 물건이라고 명시적으로 규정하고 있기 때문에, 유인원은 비인간 법인격으로 보는 것은 탁상공론이나 허울뿐인 선언 이상의 의미가 있습니다. 잔인한 학대로부터 동물을 보호, 보전하는 것만으로는 충분하지 않습니다. 인간은 생태계에 큰 영향을 받기 마련인 미래 세대에 대해 반드시 관심을 가져야 하기 때문에, 유인원이 비인간 법인격으로 인정받을 만한 자격이 있는지에 대하여 관심을 갖지 않는 것은 인간 존엄의 개념에도 반합니다. 그리고 분명히, 우리와 94%에서 99%의 유전자가 동일한 유인원은 분명 인간과 유사한 특성을 갖고 있습니다.

인간 존엄은 주어진 것(imposed)이 아니라 구성된 것입니다. 이는 기본적으로 인간의 합리적인 능력에 근거합니다. 예를 들어 동성애는 이반(離叛)으로 여겨졌으나, 이러한 견해는 오늘날 자취를 찾아볼 수 없습니다. 필자는 법률 14,346호가 보호하는 가치는 인간의 잔인한 행위로부터 자유로울 동물 자신의 권리임에 주목합니다. 이 법률의 입법목적에 비추어 동물은 물건이 아니라 정서적 존재입니다. 이로부터 우리가 내릴 수 있는 유일한 결론은 동물은 앞서 보았듯 메타인지적 능력과 감정을 가진 법인격으로서 불가침의 기본적 권리를 향유한다는 것입니다.

인간과 그 존엄을 도덕·윤리적으로 형성하는 방법은 꾸준히 변화해 왔습니다. 인간은 학습능력

이 있는 사회적 개체라는 점을 받아들인다면, 진화/학습은 오랜 시간 환경이 누적됨에 따라 이미 결정되어 버린다는 편견을 버리고 자연을 보호해야 하고 동물을 학대해서는 안 된다는 점을 이해하게 됩니다.

페드로 데이비드(Pedro David)박사는 앞의 C.F.C.P 결정에 대하여 다음과 같이 평하셨습니다. “다른 종은 물론 환경과 물을 더럽혀 자신의 생존조차 위험에 빠뜨리는 이 고도의 경제·기술 사회에 젖은 인간들이 지금과 같은 역사적 갈림길에 선 적이 또 있었는가? 이러한 기로에서, 오랑우탄이나 보노보, 돌고래 같은 종들을 만물에 대한 배려와 유대의 가치에 비추어 가장확실하게 보호하는 길은 이들에게 제정법 또는 판례법에 따라 인간과 마찬가지로 법적 권리를 부여하는 것이라는 움직임이 전 세계적으로 확산되고 있다. 이러한 권리는 총체적 보호가 아니라 동물의 가장 효과적인 보호와 생존의 권리를 말한다. 이 권리에는 입법이 부재한 경우에도 무분별한 개발을 제한하는 것과 같은 환경 보호의 이념이 포함되어 있다.”

그러므로 이 판결은 정서적 존재(동물)가 인간과 동일하다거나, 모든 동식물이 인간의 카테고리에 포함된다고 말하지 않습니다. 다만 영장류는 비인간 법인격이고, 국가는 영장류에게 적절하다고 보이는 기초적 권리들을 조사하여 열거해야 한다는 점을 확인할 뿐입니다. 무엇이 그 기초적 권리에 해당하는지를 밝히는 일은 법원이 할 일이 아닙니다.

동물은 기본권을 가져야 하며 특정 상황 시 동물의 기본권을 보호하기 위한 해당 법안이 있어야 합니다. 그 동물의 진화 수준에 관한 과학적 연구를 토대로 그 수준에 걸맞는 기본권을 보호받아야 합니다. 동물의 기본권은 인간과 똑같은 기본권을 모두 부여하는 것이 아니라, 동물은 감정을 느끼는 정서적 존재로서, 법적 인격이 있고, 다양한 권리들 중에서도 그 종에 적합한 환경에서 태어나고, 살고, 자라고 죽을 권리가 있다는 점을 이해하고 받아들이는 것입니다. 동물의 기본권을 통해 동물은 종(種)에 적합한 환경에서 태어나 살고, 자라고, 죽을 권리가 있습니다. 동물과 영장류는 인간이 창조한 예술품처럼 노출되는 물건이 아닙니다.

법리의 대부분은 동물이 법적 인격임을 인정하지 않습니다. 이 때문에 일부 사람들은 어떻게 동물이 권리를 향유할 수 있는지 의아해 하고, 다른 한편에는 법인격 여부는 인간의 유전자를 갖고 있는지에 따라 결정된다(배타적 종차별주의)고 생각하는 사람들이 있습니다.

필자는 첫 번째 주장이 거부되어야 한다고 생각합니다. 왜냐하면 현재 언어능력이 부족하다고

해서 언어를 사용하지 않는다고 볼 수 없기 때문입니다. 이는 청각 및 언어장애인이 가청의 언어를 사용할 수 있는 능력이 없으나 수화로 의사소통이 가능한 경우와 같습니다. 이와 유사하게 무능력자나 정신적 장애가 있다고 해서 인간이 아닌 것이 아닙니다. 신생아의 경우처럼 어떤 인간적 행위를 제대로 할 수 없다 하더라도, 그가 인간의 조건을 갖추지 못했다고 이해되어야 하는 것은 아닙니다.

심신상실자의 권리는 법적대리인이 행사합니다. 동물의 권리는 비영리단체, 국가기관 및 동물과 관련하여 집합적 또는 확산적 이익(collective or diffuse interests)을 가진 자라면 누구나 행사할 수 있습니다.

배타적 종차별주의에 관한 두 번째 주장은 과학 연구 결과에 배치된다고 생각합니다. 인간과 영장류의 유전자는 94%에서 96% 일치한다는 사실은 인간의 유전자가 선택받았고 또 배타적인지에 의심을 줍니다.

길러모 보르다(Guillermo Borda)는 “...즉, 인간은 법의 산물이 아니며, 국가의 은총을 받아 태어나지 않았으며, 인간은 피와 살로 태어나, 고통 받고, 죽고, -특히 죽는다- 먹고, 놀고, 자고, 생각하고, 사랑한다”고 밝혔습니다. “법인”과 관련해, 권리와 의무의 궁극적이고 진정한 수혜자는 언제나 인간이며, 그 이유는 법은 유일하게 인간 사이에서만 발생하기 때문이라고 설명했습니다. 이 때문에 법은 인간이나 인간들이 활동하며 권리를 행사하는 단체가 아닌 대상들은, 바로 인간이 연루되어 있지 않다는 이유에서 인격성을 부여하지 않는 것이지 그 존재 자체를 무시하는 것은 아닙니다. 예를 들어 (인간이 연루되지 않은) 동물이나 무생물에게 인격성을 부여할 수는 없는 것입니다.

필자는 사람은 법의 수혜를 받거나 국가의 결정으로 존재하는 것이 아니라는 보르다의 의견에는 동의합니다. 사람은 피와 살로 태어나, 고통 받고, 죽고, 마시고, 놀고, 자고, 생각하고, 사랑하기 때문에 인간이고, 법적 인격입니다.

대부분의 동물, 특히 영장류 또한 피와 살이 있으며, 태어나 고통 받고, 마시고, 놀고, 자고, 추상화 능력, 사랑하고, 군집생활 등을 합니다. 그래서, (“법인격”에 관한 것을 포함하는)각종 법규칙이 적용되는 개인이라는 범주는 인간으로만 한정하기 보다는 오랑우탄, 고릴라, 보노보, 침팬지와 같은 영장류도 포함해야 합니다.

이는 영장류에게도 민법 및 상법에 수록된 권리를 수여해야 한다는 주장이 아닙니다. 나아가 당국이 영장류의 권리를 나열한 목록을 만들어야 한다는 주장도 아닙니다. 이는 영장류가 실제 속한 비인간 법적 인격으로 구분해야 한다는 것과 관련이 있습니다.

에드가도 씨 1세(Edgardo I. Saux)는 앞서 언급된 대법원형사부에서 판결한 형법재판(Cámara Nacional de Casación)에 대해, 피카소를 언급하며 다음과 같이 설명했습니다: “그리고 함께 고민하고 싶은 마지막 질문은: 동물의 인격화는 인간을 세계의 중심으로 놓고 자연의 주인으로 떠받들겠다는 것인가? 이는 자아도취적 착각이 아닌가? 왜 우리는 동물을 인간이 만든 법이라는 연극의 원치 않는 배우로 만들기 보단 동물을 가능한 그 자체로 평화롭게 존중하고 동물을 향한 불필요한 잔인성을 피하자고 생각할 수 없는가? 반박의 여지가 없다.”(필자강조)

법원은 반박의 여지가 없다고 주장하는 이 논변에 대하여, “동물은 이미 인간이 만든 법의 원치 않는 행위자가 아닌가?”라고 되묻고 싶습니다. 이 질문은 이 사회 속에 살고 있는 누구라도 금방 대답할 수 있습니다. 동물원은 인간이 돈을 내고 방문해 영장류를 보기 위해 노출된 무대입니다. 영장류는 자유롭게 태어나 포획돼 비싼 가격에 팔려, 법의 원치 않는 대상이 됩니다. 따라서, 동물은 인간이 만든 법에 원치 않는 행위자입니다. 영장류가 법적으로 법인격임을 인지하는 것은 인간이 법체계 안에 비자발적으로 끌려 들어온 당사자에게 할 수 있는 최선의 행위입니다. 이는 자아도취에 빠진 인간의 착각이 아니라, 스스로를 감정을 느끼고 생각하는 존재로 자각하고 눈앞에 놓여진 분명한 현상, 특히 동물은 물건이 아니라는 명백한 사실에 응답을 하는 인간 존엄성의 명령에 따르는 것입니다.

그 다음 에드가도 씨 1세는 “...그 사라지지 않는 이 굳건한 생물학과 법학의 관계는, “비인간적” 동물 세계는 도저히 알 수 없는 자유와 의지라는 인간의 조건들에 영향을 미친다. 법은 행동을 지배하며 행동은 인간에게서 보여지는 전형적인 것이다. 동물은 본능, 욕구, 습관을 따를 뿐, 동물에게 소위 행위라는 것은 법적으로 따질만한 대상이 아니다”라고 지적했습니다.

단언컨대, 이 주장은 설득력과 타당성이 부족합니다. 왜냐하면 우리는 누군가 의지가 부족하다고 해서 그를 인간이 아니라고 여기지 않기 때문입니다. 게다가, 동물의 세계에서 자유가 내재되어 있지 않다고 말하는 것은 실수입니다. 자연 상태에서는 지금처럼 동물의 “자유가 박탈”되지 않기 때문입니다. 동물은 자유롭게 태어났으나, 계획적으로 포획하고, 사냥하고, 우리에게 가두어 그 자유를 박탈한 것이 바로 인간입니다.

“인간은 스스로의 본성을 깨려는 본성이 있다: 인간은 제한된 존재로 지속적으로 스스로의 한계를 초월하려는 경향이 있다. 인간의 사고는 시공간 속에서 형성되면서도 동시에 이를 초월하고자 한다. 역사 속에서 끊임없이 가공, 재가공을 거친다는 점에서 인간은 역사적 존재다. 한편으로 인간의 역사는 세계와 얽혀있다. 인간의 깨달음은 세계의 변화를 통해 이루어진다. 이것이 사회가 계속해서 반성의 대상이 되어야 하고, 매 순간 갱신되어야 하는 이유이다. 자유와 인도적인 측면 등 목표를 끊임없이 찾는 것이다. 역사적인 환경에서 인간은 교육을 통해 인간의 실제 역량을 뛰어넘도록 독려되었다. 교육에서 “배우는 것”은 세계의 재창조 및 변화를 가져올 끊임없는 자유로의 과정일 것이다.”

1977년에 유네스코에서 공표하고 UN기구가 승인한 세계 동물 권리 선언은 동물 권리를 인식한다는 점에서 중요합니다. 선언 제4조는 다음과 같이 명시합니다: “가) 모든 야생동물은 자연환경-육지, 대기, 혹은 수중-에서 자유를 가질 권리가 있으며, 번식할 자유가 있다. 나) 자유의 박탈은, 그 목적이 교육일지라도, 동물의 권리를 침해하는 것이다.”

이처럼 국제적으로 다른종(種)의 동물들 중에서도 영장류는, 자유롭게 살 권리가 있음을 분명히 밝힙니다.

여기서 우려되는 점은 멘도사주 동물원에 사는 30살된 침팬지 세실리아가 작은 우리에 갇혀 겨울엔 하루에 겨우 몇 시간만 햇빛을 받고, 여름엔 극도의 열에 시달린다는 것입니다. 법원은 멘도사주 동물원에 불시점검을 실시해 세실리아가 유일하게 햇빛이 내리쬐는 우리의 모퉁이에서 지낸다는 사실을 확인했습니다. 물통의 물은 비어 있었고, 세실리아가 갖고 놀 수 있는 공, 밧줄, 자동차 타이어 등과 같은 장난감도 거의 없었습니다. 반면, 슬프고 안타깝게도 세실리아가 사는 우리의 시멘트 벽에는 어색하게 침팬지가 거주하는 자연환경을 흉내낸 나무와 덩굴 그림이 그려져 있었습니다. 동물원이 세실리아를 보살피지 않아서 ‘어색하게도’라고 표현한 것이 아니라, 멘도사주가 세실리아에게 최적의 환경에서 거주할 재정적이고 행정적인 기회를 제공할 수 있는 능력 밖의 일이므로 ‘어색하게도’라고 표현했습니다.

그렇다 하더라도, 다음과 새로운 질문을 생각해볼 수 있습니다: “우리가 클지라도, 우리가 적합한 공간인가?”, 이에 대한 대답은 즉시 “아니요”입니다. 적합하고 올바른 것은 인간이 도울 이유가 있는 정도일 때이지, 동물을 전시하기 위해, 인간의 즐거움을 위해 동물을 가두는 것은 멈추어야 합니다. 왜냐하면 동물은 비인간 법적 인격으로 그들의 거주지에서 자유롭게 태어나 그들의 자

유가 보존될 양도 불가능한 권리를 갖고 있기 때문입니다.

세실리아가 우리에서 태어났다는 이유만으로 인간은 세실리아를 처리하고 전시를 위해 가둘 수 있는 권리를 정했습니다. 하지만, 필자는 멘도사주 관계자가 현실을 인지했음을 주목해야 한다고 봅니다. 바로 인간이 지적이고 감정을 느끼는 존재-감정을 느낀다는 것을 안다-라는 이유만으로 인간은 (지성을 가진)순수 인간의 특징이 결여된 다른 생명체에 고통을 가할 수 있다는 현실 말입니다.

현재 멘도사주 관계자는 우려되는 세실리아의 거주환경에 대해 적극적으로 협조하고 있으며, 소로카바 보호구역으로 세실리아를 옮김으로서 세실리아가 우리에서 벗어날 수 있는 절박한 필요성을 해결하는 중에 있습니다. 멘도사주 관계자는 브라질 당국과 세실리아를 소로카바 보호구역에 옮기기 위해 필요한 과정을 거치고, 필요한 인증제도를 획득하고 있습니다.

결론적으로, 법원이 판결에서 제시한 주장의 전체성이 반영된 법원의 의견을 명확하게 하고 설명하는 것은, 영장류가 비인간 법인격이기 때문에, 필자는 산티아고 라우익(Santiago Rauek) 변호사가 대변한 Afada 회장의 인신보호청구를 인용하는 것이 적절하다고 봅니다.

마지막으로, 이 결의안에서 시작한 질문에 다시 돌아가야 합니다: 인신보호 영장이 적절한 절차인가? 필자는 이에 전적으로 동의합니다.

주정부법으로도, 국가법으로도 동물원 등에 감금된 동물의 상황이 얼마나 자연적 서식환경과 다르고 그 기본적 필요를 제공하지 못하는지를 평가할 절차를 구체적으로 고려하지 않았기 때문에, 필자는 인신보호청구가 이를 위한 적절한 절차라고 생각합니다. 이를 통해 동물의 필수적 필요와 삶의 조건에 관한 고려가 포함되는 권리가 박탈된 구체적 상황을 이해하고 그에 대한 결정을 내릴 수 있습니다.

이러한 조건 하에서 이 사건 인신보호청구는 세실리아가 그녀의 종에 걸맞는 환경과 조건에서 살아갈 권리를 강하게 보호받을 수 있기 위해 받아들여져야 합니다.

## [부록2]

## I. Canada

## Ending the Captivity of Whales and Dolphins Act

## (해양포유류와 돌고래의 포획 금지 법령)

원문	중요부분 번역
<p>SUMMARY</p> <p>This enactment amends the Criminal Code to create offences respecting cetaceans in captivity. It also amends the Fisheries Act to prohibit the taking of a cetacean into captivity and the Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act to require a permit for the import of a cetacean into Canada and the export of a cetacean from Canada.</p> <p>Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:</p>	<p>요약</p> <p>이 입법은 감금 상태의 고래류에 대한 범죄들을 규정하기 위해 형법을 개정한다. 또한 고래류를 포획하는 행위를 금지하기 위해 수산업법을 개정하고, 캐나다에서 고래류 수입·수출을 위해서는 허가를 받도록 야생생물보호 및 국내외·주간 거래 규제에 관한 법률을 개정한다.</p>
<p>Short Title</p> <p>1 This Act may be cited as the Ending the Captivity of Whales and Dolphins Act.</p> <p>R.S., c. C-46</p> <p>* Criminal Code</p> <p>2 The Criminal Code is amended by adding the following after section 445.1:</p> <p>* Marginal note:Definition of cetacean</p> <p>445.2 (1) In this section, cetacean includes any member of the cetacean order, including a whale, dolphin or porpoise.</p> <p>* Marginal note:Offence</p> <p>(2) Subject to subsections (3) and (3.1), every one commits an offence who</p> <p>(a) owns, has the custody of or controls a cetacean that is kept in captivity;</p> <p>(b) breeds or impregnates a cetacean; or</p> <p>(c) possesses or seeks to obtain reproductive</p>	<p>약칭</p> <p>1. 이 법률은 고래 및 돌고래 감금 종식에 대한 법률로 불릴 수 있다.</p> <p>R.S., c. C-46</p> <p>* 형법</p> <p>2 형법 섹션 445.1 뒤에 다음과 같은 내용을 추가한다.</p> <p>* 고래류의 정의</p> <p>445.2 (1)이 섹션에서 고래류는 고래, 돌고래 또는 돌고래를 포함하여 고래류 주문의 구성원을 포함한다.</p> <p>* 위반에 대한 사항</p> <p>(2) (3) 및 (3.1)를 제외하고 아래 행위는 범죄를 구성한다.</p> <p>(a) 감금 상태의 고래류를 소유, 점유 또는 통제하는 경우</p> <p>(b) 고래류를 번식 시키는 경우</p> <p>(c) 정자 또는 배아를 포함하여 고래류를 번식하</p>

원문	중요부분 번역
materials of cetaceans, including sperm or an embryo.	게 하는 물질을 획득하려고 소유하는 경우
<p>* Marginal note: Exception</p> <p>(3) Paragraph (2)(a) does not apply to a person who</p> <p>(a) owns, has the custody of or controls a cetacean that is kept in captivity at the coming into force of this section and remains continuously in captivity thereafter;</p> <p>(b) has the custody of or controls a cetacean that is kept in captivity for the purpose of providing it with assistance or care or to rehabilitate it following an injury or another state of distress; or</p> <p>(c) is authorized to keep a cetacean in captivity in the best interests of the cetacean's welfare pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province or by such other person or authority in the province as may be specified by the Lieutenant Governor in Council.</p> <p>(3.1) Subsection (2) does not apply to a person who is conducting scientific research pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province or by such other person or authority in the province as may be specified by the Lieutenant Governor in Council.</p> <p>(4) Every one commits an offence who promotes, arranges, conducts, assists in, receives money for or takes part in any meeting, competition, exhibition, pastime, practice, display or event at or in the course of which captive cetaceans are used for performance for entertainment purposes unless such performance is authorized pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province or by such other person or authority in the province as may be specified by the Lieutenant Governor in Council.</p>	<p>* 예외</p> <p>(3) 항목 (2)(a)는 다음과 같은 사람에게는 적용되지 않는다.</p> <p>(a) 본 조항의 발효 시점에 감금 상태의 고래류를 소유, 점유 또는 통제하고 있던 자가 이후 그 감금 상태를 유지하는 경우</p> <p>(b) 보살핌을 제공하거나 부상 등의 이유로 재활을 목적으로 감금 상태의 고래류를 소유, 점유 또는 통제하는 경우</p> <p>(c) 주 의회 부의장 또는 그가 지정한 사람이나 기관이 그 포획행위가 고래류에게 최선의 이익에 부합한다고 인정하여 면허를 발급한 경우</p> <p>(3.1) 앞선 (2) section의 처벌규정은 주 의회 부의장 또는 그가 지정한 사람이나 기관이 발급한 면허에 따라 과학 연구를 수행하는 사람에게는 적용되지 않는다.</p> <p>(4) 누구든지 유흥의 목적으로 감금된 고래를 이용하는 모임, 경기, 전시, 오락, 실습, 진열 또는 행사를 촉진, 기획, 행위, 원조, 참가하거나 이를 이유로 대가를 받는 행위는 범죄를 구성한다. 단, 주 의회 부의장 또는 그가 지정한 사람이나 기관이 발급한 면허에 따라 행사되는 경우를 제외한다.</p>

원문	중요부분 번역
<p>* Marginal note:Punishment</p> <p>(5) Every one who commits an offence under subsection (2) or (4) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to a fine not exceeding \$200,000.</p>	<p>* 처벌</p> <p>(5) (2) 또는 (4) 항에 따라 범죄를 저지른 모든 사람은 약식 유죄 판결에 따라 처벌받을 수 있으며 \$ 200,000 이하의 벌금에 처한다.</p>
<p>R.S., c. F-14 Fisheries Act</p> <p>3 The Fisheries Act is amended by adding the following after section 28:</p> <p>* Taking cetaceans into captivity</p> <p>28.1 (1) Subject to subsection (2), no one shall move a live cetacean, including a whale, dolphin or porpoise, from its immediate vicinity with the intent to take it into captivity.</p> <p>Marginal note:Exception</p> <p>(2) A person may move a live cetacean from its immediate vicinity when the cetacean is injured or in distress and is in need of assistance.</p>	<p>R.S., c. F-14 수산업법</p> <p>3 수산업법 제28조 이후에 다음의 내용을 추가한다.</p> <p>* 고래류를 포획하는 행위</p> <p>28.1 (1) (2)항의 경우를 제외하고, 누구든지 포획할 의도로 고래, 돌고래 또는 돌고래를 포함한 살아있는 고래류를 현재지 인근으로부터 다른 곳으로 이동시켜서는 안된다.</p> <p>* 예외</p> <p>(2) 고래류가 부상을 당하는 등 도움이 필요한 경우라고 판단되는 경우에는 살아있는 고래류를 현재지 인근으로부터 이동시킬 수 있다.</p>
<p>992, c. 52 Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act</p> <p>The Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act is amended by adding the following after section 7:</p> <p>* Cetacean: import and export</p> <p>7.1 No person shall, except under and in accordance with a permit issued pursuant to subsection 10(1.1), import into Canada or export from Canada a living cetacean, including a whale, dolphin or porpoise, or sperm, a tissue culture or an embryo of a cetacean.</p> <p>Section 10 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):</p>	<p>992, c. 52 야생생물보호 및 국내외·주간 거래 규제에 관한 법</p> <p>야생생물보호 및 국내외·주간 거래 규제에 관한 법 제7조 이후 다음의 내용을 추가한다.</p> <p>* 고래류: 수입 및 수출</p> <p>7.1 10(1.1) 항의 허가를 받은 경우를 제외하고 고래, 돌고래 또는 돌고래의 정자, 조직, 배아를 포함한 살아있는 고래류를 캐나다로 수입하거나 캐나다에서 수출하는 것은 금지된다.</p> <p>제10조 (1)항 이후 다음의 내용을 추가한다.</p>

원문	중요부분 번역
<p>Marginal note:Issuance</p> <p>(1.1) The Minister may, on application and on such terms and conditions as the Minister thinks fit, issue a permit authorizing the importation or exportation of a living cetacean, or sperm, a tissue culture or an embryo of a cetacean, if the importation or exportation is for the purpose of</p> <p>(a) conducting scientific research; or</p> <p>(b) keeping the cetacean in captivity if it is in the best interests of the cetacean's welfare to do so.</p>	<p>* 허가</p> <p>(1.1) 장관은 조건이 적절하다고 판단되는 경우 각 호의 목적으로 고래류 및 고래류의 정자, 조직, 배아를 수출 또는 수입하는 것을 허가할 수 있다.</p> <p>(a) 과학 연구 수행</p> <p>(b) 고래류를 포획하는 것이 고래류의 복지와 후생을 위해 최선이라고 판단되는 경우</p>

## II. CALIFORNIA

## The Orca Welfare and Safety Act

## (해양포유류의 복지와 안전을 위한 법령)

<p>AB 2305, as amended, Bloom. Protection of orcas: unlawful activities.</p> <p>(1) Existing law makes it unlawful to take any marine mammal, as defined, except as provided under specified federal laws.</p> <p>This bill would make it unlawful to hold in captivity an orca, whether wild-caught or captive-bred, for any purpose, including for display, performance, or entertainment purposes; to breed or impregnate an orca held in captivity; to export, collect, or import the semen, other gametes, or embryos of an orca held in captivity for the purpose of artificial insemination; or to export, transport, move, or sell an orca located in the state to another state or country, except as provided.</p> <p>The bill would provide that a person, corporation, or institution that intentionally or negligently violates these provisions is guilty of a misdemeanor punishable by a fine not to exceed \$100,000. By creating a new crime, the bill would impose a state-mandated local program.</p> <p>(2) The California Constitution requires the state to reimburse local agencies and school districts for certain costs mandated by the state. Statutory provisions establish procedures for making that reimbursement.</p> <p>This bill would provide that no reimbursement is required by this act for a specified reason.</p>	<p>AB 2305, 개정, 블룸(Bloom). 범고래 보호: 무법 행위.</p> <p>(1) 현행법은 정의된 해양 포유류라면 무엇이든지, 연방정부 법령이 명시한 경우를 제외하고, 불법으로 여긴다.</p> <p>본 법안은 범고래를 감금하는 것이 불법임을 명시할 것이다. 가) 범고래를 자연에서 포획했거나 인공적으로 번식시키는 경우; 나) 전시, 공연, 혹은 오락을 포함한 모든 목적; 다) 감금된 범고래를 번식시키기 위해 사육하거나 임신시키는 경우; 라) 인공수정을 목적으로 감금된 범고래의 정액, 기타 생식체, 혹은 배아의 수출, 수집, 혹은 수입하는 경우; 마) 캘리포니아 주에 위치한 범고래를 다른 주 혹은 국가로 범고래를 수출, 운송, 이동, 혹은 판매하는 경우를 포함한다. 단, 연방정부 법령이 명시한 경우는 제외한다.</p> <p>본 법안은 개인, 기업, 기관이 의도적으로 혹은 태만하여 법을 위반한 경우 처벌 가능한 경범죄의 대상으로 10만달러 이하의 벌금을 부과할 수 있음을 규정할 것이다.</p> <p>(2) 캘리포니아주정부 법령은 주정부가 지역 기구 및 학군에 특정 비용을 주정부가 규정한 바에 따라 상환하게 한다. 법률 조항은 상환을 위한 절차를 정립한다.</p>
<p>SECTION 1. Section 4502 is added to the Fish and Game Code, to read:</p> <p>4502. This section shall be known, and may be cited, as the California Orca Protection Act.</p> <p>(a) It is unlawful for any person to do any of the following:</p>	<p>1장. 4502 부분에 어류 및 먹이 규약이 아래와 같이 추가되었다:</p> <p>4502. 이 부분은 캘리포니아 범고래 보호 법령으로 알려져 있고, 인용되었을 수 있다.</p> <p>(a) 누구든지 다음과 같이 행할 시 불법이다:</p>

<p>(1) (A) Except as provided in subparagraph (B) and subdivision (c), hold in captivity an orca, whether wild-caught or captive-bred, for any purpose, including, but not limited to, display, performance, or entertainment purposes.</p> <p>(B) An orca located in the state on January 1, 2017, may continue to be held in captivity for its current purpose and after June 1, 2017, may continue to be used for educational presentations until it is retired or until its death. presentations.</p> <p>(2) Breed or impregnate any orca held in captivity in the state.</p> <p>(3) Export, collect, or import the semen, other gametes, or embryos of an orca held in captivity for the purpose of artificial insemination.</p> <p>(4) Export, transport, move, or sell an orca located in the state to another state or country unless otherwise authorized by federal law or if the transfer is to another facility within North America that meets standards comparable to those provided under the Animal Welfare Act (7 U.S.C. Sec. 2131 and following).</p> <p>(b) A person, corporation, or institution that intentionally or negligently violates subdivision (a) is guilty of a misdemeanor and, upon conviction thereof, shall be punished by a fine not to exceed one hundred thousand dollars (\$100,000).</p> <p>(c) This section does not apply to an orca that is held for rehabilitation after a rescue or stranding or for research purposes. However, an orca that is held for rehabilitation or research purposes shall be returned to the wild whenever possible and, if return to the wild is not possible, the orca may be used for educational presentations, but shall not be used for breeding, performance, or entertainment purposes.</p> <p>(d) As used in this section, the following terms are defined as follows:</p> <p>(1) “Educational presentation” means a live, scheduled orca display in the presence of</p>	<p>(1) (A) (B)하위단락 및 (C)하위구분에서 규정한 것을 별도로 하고, 범고래를 자연에서 포획했거나 인공적으로 번식시키던지, 전시, 공연, 혹은 오락을 포함한 기타 모든 목적으로 범고래를 감금한 경우</p> <p>(B) 2017년 1월 1일 캘리포니아에 위치한 범고래가 2017년 1월 1일 이후에도 같은 목적으로 계속해서 감금되고, 교육 발표용으로 범고래가 은퇴하거나 죽을 때까지 계속해서 사용될 경우</p> <p>(2) 캘리포니아주 내 감금된 범고래를 번식시키기 위해 사육하거나 혹은 임신시키는 경우</p> <p>(3) 인공수정을 목적으로 감금된 범고래의 정액, 기타 생식체, 혹은 배아의 수출, 수집, 혹은 수입하는 경우</p> <p>(4) 캘리포니아 주에 위치한 범고래를 다른 주 혹은 국가로 범고래를 수출, 운송, 이동, 혹은 판매하는 경우. 단, 연방법에서 승인하거나 복미 내 다른 시설로 운송하는 기준이 동물 복지 법에서 규정한 기준에 부합할 시 예외로 한다 (미국 규정 7조 2131장 및 그 이하).</p> <p>(b) 개인, 기업, 기관이 의도적으로 혹은 태만하여 (a)하위구분을 위반한 경우 처벌 가능한 경범죄의 대상으로, 유죄를 선고받을시, 10만 달러 이하의 과태료 처분을 받을 것이다.</p> <p>(c) 본 장은 구출, 좌초, 연구의 사유로 재활하는 범고래에는 적용하지 않는다. 그러나, 재활 혹은 연구 목적으로 감금된 범고래는 가능하다면 자연으로 돌아갈 수 있으며, 만약 자연으로 돌아가는 것이 불가능할 경우, 범고래는 교육발표용으로 사용될 수 있으나, 번식시키기 위해 사육되거나, 공연, 혹은 오락의 목적으로 사용되지 않는다.</p> <p>(d) 본 장에서 쓰인 용어는 다음과 같이 정의한다:</p> <p>“교육 발표”는 생방송, 혹은 예정된 범고래 전시 에 구경꾼이 있는 곳에서 자연적 행동, 강화, 운동,</p>
--	---

<p>spectators that includes natural behaviors, enrichment, exercise activities, and a live narration and video content that provides science-based education to the public about orcas.</p> <p>(2) “Orca” means a killer whale (<i>Orcinus orca</i>).</p> <p>(e) The provisions of this section are severable. If any provision of this section or its application is held invalid, that invalidity shall not affect other provisions or applications that can be given effect without the invalid provision or application.</p>	<p>생방송 내레이션, 그리고 비디오 내용을 포함해 범 고래에 관한 과학교육을 대중에게 제공하는 것을 의미한다.</p> <p>(2) “범고래”는 육식고래 (흰줄박이물돼지)를 뜻한다.</p> <p>(e) 본 장의 규정은 분리할 수 있다. 만약 본 장의 어떤 규정 혹은 그 적용이 무효가 되면, 그 무효성은 다른 규정 또는 그 적용에 영향을 미치지 않아 무효한 규정 혹은 적용 없이도 실행할 수 있을 것이다.</p>
<p>SEC. 2. No reimbursement is required by this act pursuant to Section 6 of Article XIII B of the California Constitution because the only costs that may be incurred by a local agency or school district will be incurred because this act creates a new crime or infraction, eliminates a crime or infraction, or changes the penalty for a crime or infraction, within the meaning of Section 17556 of the Government Code, or changes the definition of a crime within the meaning of Section 6 of Article XIII B of the California Constitution.</p>	<p>2장. 본 법령은 캘리포니아 주정부법령 6장 13조 B에 의한 상환이 필요하지 않음을 규정한다. 왜냐 하면: 가) 지역 기구 및 학군에서 발생할 수 있는 유일한 비용이 발생할 수 있기 때문이다. 나) 본 법령은 17556 장 정부 규약 정의에 의해 새로운 범죄 혹은 법률위반을 만들거나, 퇴치하거나, 혹은 처벌 기준을 변경할 수 있기 때문이다. 다) 본 법령은 캘리포니아 주정부법령 6장 13조 B에서 의미하는 범죄의 정의를 변경할 수 있기 때문이다.</p>

### Ⅲ. France

Arrêté du 3 mai 2017 fixant les caractéristiques générales et les règles de fonctionnement des établissements présentant au public des spécimens vivants de cétacés

(살아있는 고래류 개체를 관중에 공개하는 기관의 일반적 특성과 운영규칙을 규정하는 2017. 5. 3.자 명령.)

<p>Notice : cet arrêté abroge l'arrêté du 24 août 1981 relatif aux règles de fonctionnement, au contrôle et aux caractéristiques auxquels doivent satisfaire les installations abritant des cétacés vivants. Il renforce les conditions d'hébergement, d'entretien et de présentation au public des orques et dauphins détenus en captivité exclusivement au sein d'établissements fixes. La reproduction des orques et des dauphins actuellement détenus en France est désormais interdite. Ainsi, seuls les orques et les dauphins actuellement régulièrement détenus peuvent continuer à l'être, sans ouvrir à de nouvelles naissances.</p>	<p>주의 : 이 명령으로 운영규칙, 관리감독 및 살아 있는 고래류를 수용하는 시설이 갖추어야 할 특성에 관한 1981. 8. 24.자 명령은 폐지된다. 이 명령은 오로지 고정된 기관 내에 포획되어 억류된 범고래(orques)와 돌고래(dauphins)의 사육, 관리 및 관중예의 공개 조건을 강화한다. 프랑스 내에 현재 억류된 범고래와 돌고래의 번식은 이제부터 금지된다. 따라서 새로운 출생 없이, 현재 합법적으로 억류된 범고래와 돌고래만 계속 억류할 수 있다.</p>
<p>Art. 6. - Les établissements hébergeant des cétacés disposent d'installations permettant aux animaux d'exprimer leurs besoins physiologiques et comportementaux, de recevoir le cas échéant les soins vétérinaires, de se soustraire à la proximité des visiteurs et de leurs congénères, tout ceci en assurant la sécurité des personnes et des animaux.</p> <p>Les installations dans lesquelles sont hébergés les animaux doivent permettre à ceux-ci :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de s'ébattre et de sauter sans risque de toucher le fond du bassin ;</li> <li>- de s'isoler du public ou de leurs congénères ;</li> <li>- d'être isolés en cas de besoin (animaux malades, quarantaine...) ;</li> <li>- de se soustraire au rayonnement lumineux en cas de fort ensoleillement.</li> </ul> <p>Conformément aux prescriptions de l'article 11 de l'arrêté du 25 mars 2004 modifié, les cétacés ne doivent pas être hébergés individuellement, sauf temporairement pour des raisons médicales, sanitaires ou de conflits sociaux, et après avis du titulaire du certificat de capacité de l'établissement.</p>	<p>제6조 - 고래류의 사육 기관은 동물이 생리적, 행동적 필요를 표현하고, 필요한 경우 수의학적 치료를 받고, 방문객과 동족의 접근을 피할 수 있는 시설을 갖추어야 하고, 이 모든 것은 사람과 동물의 안전을 보장하여야 한다.</p> <p>동물의 사육시설은 동물이 아래의 사항을 할 수 있도록 허용해야 한다:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 수조 바닥에 부딪힐 위험 없이 놀고 뛰어오르기</li> <li>- 관중이나 동족으로부터 스스로를 격리하기</li> <li>- 필요 시 격리되기(동물이 병에 걸거나, 감염병 등의 이유로 격리가 필요한 경우 등)</li> <li>- 햇볕이 강할 경우 광선을 회피하기</li> </ul> <p>개정된 2004. 3. 25.자 명령 제11조의 규정에 따라, 고래류는 의료, 보건 또는 사회적 갈등을 이유로 한 일시적인 경우 및 기관의 전문 자격증 소지자의 의견을 따르는 경우를 제외하고는 개별적으로 사육되어서는 아니 된다.</p>

<p>Art. 7. - I. - Les cétacés sont hébergés dans des bassins réservés et adaptés à leur espèce conformément aux prescriptions du présent chapitre.</p> <p>Pour les spécimens de l'espèce <i>Orcinus orca</i>, l'établissement dispose d'un ensemble d'au moins 5 bassins tous interconnectés entre eux et pour les spécimens de l'espèce <i>Tursiops truncatus</i>, il dispose d'un ensemble d'au moins 3 bassins tous interconnectés entre eux.</p> <p>Tous les bassins sont reliés entre eux par des portes qui permettent à deux animaux de se croiser aisément. L'utilisation d'un tunnel d'accès totalement immergé pour passer d'un bassin à l'autre est interdite.</p> <p>L'espace total minimal disponible pour chaque espèce de cétacés détenue doit tenir compte du nombre de spécimens et de la taille adulte moyenne d'un spécimen pour l'espèce concernée.</p> <p>La surface totale des bassins interconnectés représente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- pour l'espèce <i>Orcinus orca</i>, 3 500m<sup>2</sup> au minimum et chaque spécimen d'<i>Orcinus orca</i> dispose d'une surface minimale de 800m<sup>2</sup> ;</li> <li>- Pour l'espèce <i>Tursiops truncatus</i>, 2 000m<sup>2</sup> au minimum et chaque spécimen de <i>Tursiops truncatus</i> dispose d'une surface minimale de 200m<sup>2</sup>.</li> </ul> <p>La profondeur minimale des bassins sur la moitié de la superficie totale est de 11m pour <i>Orcinus orca</i> et de 6m pour <i>Tursiops truncatus</i>.</p> <p>A chaque fois que cela est possible, l'ensemble des bassins est mis à disposition des animaux.</p> <p>Dans le cas de bassins intérieurs, la hauteur au-dessus du niveau de l'eau est supérieure à 5 mètres et aucun cétacé ne peut être hébergé exclusivement en intérieur. Les animaux doivent toujours avoir accès à des bassins extérieurs ayant une surface supérieure aux bassins intérieurs.</p>	<p>제7조 - 제1항 - 고래류는 이 장의 규정에 따라 해당 종만 전용하고 그 종에 적합한 수조에서 사육한다.</p> <p>범고래(<i>Orcinus orca</i>)종 개체의 경우, 기관은 최소한 5개의 서로 연결된 수조 세트를 갖추어야 하고, 큰돌고래속(<i>Tursiops truncatus</i>)종 개체의 경우 기관은 최소한 3개의 서로 연결된 수조 세트를 갖추어야 한다.</p> <p>모든 수조는 두 동물이 쉬이 마주칠 수 있도록 서로 문으로 연결되어야 한다. 한 수조에서 다른 수조로 통과하는 용도의 완전히 잠긴 출입로 터널의 사용은 금지된다.</p> <p>각 억류된 고래류종이 사용할 수 있는 최소한의 총 공간은 해당 종의 개체수와 개체의 성체 평균 크기를 고려해야 한다.</p> <p>서로 연결된 수조의 전체면적은 아래와 같이 나타난다:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 범고래(<i>Orcinus orca</i>) 종은 최소 3,500m<sup>2</sup>, 그리고 범고래(<i>Orcinus orca</i>) 각 개체는 최소 면적으로 800m<sup>2</sup>를 확보하여야 한다.</li> <li>- 큰돌고래속(<i>Tursiops truncatus</i>) 종은 최소 2,000m<sup>2</sup>, 그리고 큰돌고래속(<i>Tursiops truncatus</i>) 각 개체는 최소 면적으로 200m<sup>2</sup>를 확보하여야 한다.</li> </ul> <p>수조의 전체 표면의 절반 부분에 대한 최소 깊이는 범고래(<i>Orcinus orca</i>)에 대하여는 11m, 큰돌고래속(<i>Tursiops truncatus</i>)에 대하여는 6m가 되어야 한다.</p> <p>이를 충족할 때마다, 동물들은 수조 세트를 사용할 수 있다.</p> <p>실내 수조의 경우, 수면위로의 높이는 5m를 상회하여야 하고, 어떤 고래류도 실내 수조에만 사육되어서는 안 된다. 동물들은 실내 수조보다 표면적이 더 넓은 실외 수조에 항상 접근할 수 있어야 한다.</p>
<p>II. - La configuration des bassins et la filtration de l'eau doivent empêcher la formation de zones d'eaux stagnantes et l'accumulation de déchets organiques. La forme arrondie des</p>	<p>제2항 - 수조의 형태와 물의 여과 기능은 수조수의 정체 구간의 형성과 생체 폐기물의 축적을 억제해야 한다. 원형의 수조 형태가 우선시되고, 직각의 형태는 금지된다. 수조 내 물을 빨아들이거나 역류</p>

<p>bassins est privilégiée et les angles droits sont interdits. Les dispositifs permettant d'aspirer ou de refouler l'eau dans les bassins ne doivent présenter aucun risque de blessure pour les animaux et les personnes.</p>	<p>시키는 장치는 동물과 사람에 대하여 부상의 위험을 야기하여서는 안 된다.</p>
<p>III. - La conception et l'équipement de chaque bassin sont adaptés à sa fonction.</p> <p>Dans le cas où les bassins hébergeant des cétacés sont équipés de parois transparentes, des dispositifs sont mis en place pour permettre aux animaux de se soustraire à tout moment à la vue du public. Dans tous les bassins, l'observation sous-marine du comportement des cétacés est possible. La résistance du vitrage des bassins est adaptée à la pression de l'eau qu'ils contiennent et contrôlée annuellement par l'exploitant.</p> <p>Une attention particulière est portée, dès leur conception, à l'enrichissement des bassins avec notamment la mise en place de courants d'eau, de vagues, de cascades ou tout autre procédé physique ou hydraulique.</p> <p>Une plate-forme ou une plage doit être disponible afin de permettre l'échouage volontaire des animaux pour l'entraînement médical. Cette zone est équipée d'un revêtement non abrasif et permet un retour facile de l'animal dans l'eau.</p> <p>Les matériaux utilisés dans la conception et l'étanchéité des bassins doivent assurer la sécurité des personnes et des cétacés. Un équipement d'alarme fonctionnant en permanence permet d'alerter immédiatement le personnel compétent en cas de brusque variation du niveau d'eau des bassins.</p> <p>Les allées publiques ou techniques, à proximité des bassins, qui peuvent être soumises aux éclaboussures sont équipées d'un revêtement non glissant prévenant les chutes des personnes. La majorité de la surface du revêtement des bassins est lisse, des zones modérément abrasives peuvent être réservées afin de permettre aux cétacés de se desquamer volontairement.</p> <p>Toute structure contondante ou libérant des substances toxiques susceptible d'être en contact</p>	<p>제3항 - 각 수조의 설계와 설비는 그 기능에 적합해야 한다.</p> <p>고래류를 사육하는 데에 사용되는 수조가 투명한 벽을 갖추고 있는 경우, 동물들이 언제나 관중의 시선을 피할 수 있도록 하는 장치를 설치해야 한다. 모든 수조에서, 고래류의 행동을 수중 관찰하는 것이 가능하다. 수조 유리 칸막이의 저항력은 수조가 보유하는 물의 양에 따른 수압에 적합해야 하고, 매년 관리자의 점검을 받아야 한다.</p> <p>수조의 설계단계부터 특히 물의 흐름, 파도, 폭포 또는 그 외 모든 물리적 또는 수력적 방식의 배치에 관하여 수조를 풍부하게 하는 것에 특별한 주의가 기울여진다.</p> <p>재활을 위해 동물들이 자발적으로 물에 올라갈 수 있도록 하기 위해 플랫폼 또는 해변을 갖추어야 한다. 이 영역은 연마제가 없는 코팅을 갖추고, 동물이 물로 쉽게 돌아가는 것을 가능케 하여야 한다.</p> <p>수조의 설계와 방수에 사용된 자재는 사람과 고래류의 안전을 보장해야 한다. 수조의 수위가 갑작스럽게 변동하는 경우 즉시 담당 직원에게 알릴 수 있도록 상시 작동하는 경고장치를 두어야 한다.</p> <p>물이 튈 수 있는, 수조 근처의 공공통로나 기술적 목적의 통로는 사람의 낙하를 예방하는 미끄럼 방지 코팅을 갖추어야 한다. 수조 코팅 표면의 대부분은 매끄럽게 하되, 고래류가 자발적으로 각질을 떼어낼 수 있도록 하기 위해 적당히 거친 영역을 남겨둘 수 있다.</p> <p>동물과 접촉 가능성이 있는 것으로서 동물에게 타박상을 입힐 수 있거나 독성 물질을 방출하는 모</p>

avec les animaux est interdite. Les objets introduits dans les bassins doivent être robustes et de taille suffisante pour empêcher tout risque d'ingestion par un animal.	든 구조물은 금지된다. 수조 안에 들어있는 물체들은 동물이 삼킬 모든 위험을 방지하기 위해 견고하고 충분히 커야 한다.
IV. - Chaque établissement doit disposer d'un bassin d'isolement équipé d'une plate-forme de levage ou d'un dispositif permettant une mise au sec rapide d'un cétacé, soit par vidange, soit par élévation du fond, afin de permettre un accès vétérinaire aux animaux, sécurisé pour l'animal et le personnel.	제4항 - 각 기관은 동물과 직원의 안전을 보장하면서 동물에 대해 수의학적 접근을 가능하게 하기 위해서 리프팅 플랫폼을 갖춘 격리 수조를 보유하거나, 또는 배수나 바닥을 들어올림으로써 고래류를 빠르게 건조시킬 수 있도록 하는 장치를 보유하여야 한다.
Art. 12. - I. - Dans un établissement, les spécimens d'une même espèce sont hébergés en groupe d'au moins 3 spécimens pour l'espèce <i>Orcinus orca</i> et d'au moins 6 spécimens pour les spécimens de l'espèce <i>Tursiops truncatus</i> .	제12조 - 제1항 - 기관에서는 동종의 개체를 그룹으로 사육하여야 하는데, <i>범고래(Orcinus orca)</i> 종의 경우 적어도 3개체(마리), <i>큰돌고래속(Tursiops truncatus)</i> 종의 개체들의 경우 적어도 6개체를 한 그룹으로 하여 사육하여야 한다.

## 〈참고문헌〉

## [국내판례]

대법원 2006. 6. 2. 자 2004마1148, 1149(병합) 결정  
 청주지법 2008. 11. 13. 선고 2007구합1212 판결  
 서울행법 2010. 4. 23. 선고 2008구합29038 판결  
 서울행법 2019. 1. 25. 선고 2018구합2230 판결

## [국내 단행본 및 논문]

게랄드 휘터, 박여명 역, ‘존엄하게 산다는 것’, 2019.  
 데이비드 보이드, 이지원 역, ‘자연의 권리’, 2020.  
 린 헌트, 전진성 역, ‘인권의 발명’, 2009.  
 마고 드멜로, 천명선, 조중현 역, ‘동물은 인간에게 무엇인가’, 2019.  
 박태현, ‘에콰도르 헌법상 자연의 권리, 그 이상과 현실’, 한국환경법학회, 2019.  
 에스트라테일러, 이재경 역, ‘민주주의는 없다’ 2019.  
 존 리처드 스티븐스, 류경희 역, ‘기이한 역사’, 1998.

## [국외 단행본 및 논문]

Donna D. W. Hauser 외, “Regional diving behavior of Pacific Arctic beluga whales *Delphinapterus leucas* and possible associations with prey”, MARINE ECOLOGY PROGRESS SERIES, 2015.  
 Herman, L. M. 외, “Comprehension of sentences by bottlenosed dolphins”, Cognition 16, 1984.  
 Herman, L. M. 외, “Bottlenosed dolphin and human recognition of veridical and degraded video displays of an artificial gestural language”, Journal of Experimental psychology: General 119, 1990.  
 Katie Sykes, “The Whale, Inside: Ending Cetacean Captivity in Canada,” Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law 5, 2019.  
 Marino, L., “Mirror self-recognition in the bottlenese dolphin: A case of cognitive convergence”, Psychology 98, 2001.  
 Morrison, R., “Precocious development of self-awareness in dolphin”, PLOS ONE, 2018.  
 Murray Sinclair, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law 5, 2019.

The Case Against Marine Mammals in Captivity, ANIMAL WELFARE INSTITUTE & WORLD ANIMAL PROTECTION, 2019.

### [국내 언론기사 및 보도자료]

강석기, “[강석기의 과학카페] 동물이 거울을 본다는 것의 의미”, 동아사이언스, 2019.2.12.  
이정모, “수조에 갇힌 돌고래, 평생 이명 시달린다”, 대한민국 정책주간지 공감, 2019.8.26.  
이정미 의원실 보도자료, “고래류 사육시설 민관공동조사 결과 관련”, 2017.3.29.  
천지일보, “[동물로 읽는 역사 이야기]동물도 인간처럼 재판을 받았다?’ 2019.2.16.  
허호준, “어미 돌고래는 죽은 새끼를 업고 다녔다”, 한겨레, 2020.6.26.  
KBS NEWS, ‘돌고래 8번째 폐사…학대 논란 ‘재점화’’, 2020.7.28.  
해양수산부, 제1차 수족관관리종합계획 (2021~2025), 2021.

### [국외 언론기사]

BBC NEWS, France bans captive breeding of dolphins and killer whales, 2017.5.7.  
The Connexion, Fear for circus animals’ lives after France wild animal ban, 2020.11.6.  
The Province, Vancouver Aquarium's new 35-year lease includes a cetacean ban, 2019.6.25.  
The Washington Post, Chart: What the documentary ‘Blackfish’ has done to SeaWorld, 2014.12.  
Reuters, Top French court reverses ban on breeding whales, dolphins, 2018.1.30.  
U.S. NEWS, ‘Blackfish’ Inspires California Orca Bill, 2014.3.7.

## 트라우마 인지 변호 실무에 대한 이해 및 적용 방법

박인숙 변호사(법률사무소 청년)

서유진 변호사(사단법인 나눔과 이음)

이진혜 변호사(이주민센터 친구)

## I. 서론

‘트라우마 인지 실무’는 의료, 교육, 심리상담 등의 영역에서 널리 사용되는 개념으로, “트라우마를 가진 고객과 실무자가 관계를 맺을 때 실무자가 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 개별 트라우마 경험에 적합한 방식을 사용하여 고객에게 접근하는 방식”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.1)을 의미한다.

법조인들은 이주민/난민, 아동학대, 성폭력 등의 다양한 사건에서 트라우마를 가진 의뢰인을 만나 상담을 하고, 법률 지원을 한다. 법조인들이 트라우마를 가진 의뢰인의 사건을 수행하며, 상담 및 재판 절차에서 이들과의 효과적인 의사소통을 하고, 성공적인 변론을 하기 위하여 ‘트라우마 인지 실무’를 숙지하여 변호 활동에 적용 및 활용할 필요가 있다.

미국에서는 성폭력 피해자들을 변호하는 변호사들에게 ‘트라우마 인지 변호’ 교육을 실시하고, 실무에 적용하도록 안내하고 있다. 이처럼 ‘트라우마 인지 변호’의 개념을 국내에도 도입하여 변호사들이 의뢰인들의 트라우마 경험에 의한 것일지 모르는 의뢰인들의 행동을 인식하는 방법을 배우고, 의뢰인들의 트라우마가 변호사에게 미치는 영향을 최소화하기 위하여 변호사들이 간접 트라우마를 관리할 수 있도록 자기돌봄의 기술을 개발해야 한다.

본 연구는 미국의 트라우마 인지 변호활동 연구 논문, 트라우마 인지 실무 관련 문헌 등을 통해 기존의 트라우마 인지 실무 및 트라우마 인지 변호 활동을 연구하며, 외국의 실천 사례 및 국내의 다양한 영역에서 트라우마 인지 활동을 수행하고 있는 전문가([첨부자료1] 트라우마 인지 변호활동 질문지\_전문가용)와 트라우마를 가진 피해자의 수사기관과 재판 경험([첨부자료2] 트라우마 인지 변호활동 질문지\_피해자용)을 인터뷰하여 조사한 내용을 정리한 것이다.

트라우마 인지 변호 활동 전문가 인터뷰에서는 난민, 성범죄 피해자, 부당해고 근로자 등을 4년에서 8년 간 변호한 경험이 있는 변호사 2명 및 학교밖청소년들을 위한 아웃리치 활동을 수행하

며 청소년들을 상담하고, 청소년들의 사례 관리를 3년 간 진행한 활동가 1명을 인터뷰하였다. 인터뷰는 코로나 시기인만큼 대면으로 이루어지기 어려운 부분이 있었으며, 서면 인터뷰 2회 및 추가 비대면 인터뷰 2회, 대면 인터뷰 1회 및 추가 비대면 인터뷰 1회로 이루어졌다. 이들에게 실무 수행 과정에서 트라우마 피해자를 만난 경험 및 트라우마를 가진 고객의 태도, 트라우마를 가진 고객을 대응할 때의 어려움 및 그에 대한 대처방안을 물었고, 트라우마 인지 실무 등의 교육이 이루어졌는지를 묻고, 교육이 이루어진 경우의 대응방안과 교육이 이루어지지 않은 경우의 대응방안을 비교해보았다. 또한, 트라우마 경험을 가진 고객을 지원하는 사람들에게 나타나는 2차 트라우마에 관한 증상이 나타났는지 인터뷰 하여 전문가들이 겪는 2차 트라우마의 심각성에 관하여 살펴보았다.

한편, 트라우마 경험을 가진 피해자들로 미성년자 3명과 성년 2명, 총 5명을 인터뷰하였고, 모두 대면 인터뷰로 진행되었다. 이들은 폭행, 성범죄, 가정폭력, 시설학대 및 2, 3가지 사유가 복합적으로 작용하는 등 다양한 트라우마 경험을 가진 대상자들이었다. 이들에게는 트라우마 경험 및 증상에 관하여 물었고, 경험 이후에 트라우마를 촉발하는 상황 및 대응 방법에 관한 질문을 한 후, 수사기관이나 법률 조력을 받는 과정에서 트라우마가 촉발되거나 안정된 경험에 관하여 긴 시간 인터뷰를 하였고, 최종적으로 트라우마 인지 변호활동 체크리스트 확인 및 추가하거나 수정될 내용이 있는지 조언을 구하였다.

이 연구를 통해 국내에 트라우마 인지 변호 활동 개념을 소개하면서 트라우마를 가진 의뢰인들을 변호할 때 의뢰인들을 존중하며 상담할 수 있는 환경을 조성하도록 체크리스트를 만들고, 트라우마가 있는 의뢰인으로부터 변호인들이 영향을 받는 것을 최소화하는 방법을 연구하여 건강하고, 효과적인 변론을 함에 도움이 될 수 있도록 트라우마 인지 변호 활동을 실사례에 활용할 수 있는 매뉴얼 발간의 기초자료를 제공하는 것을 목표로 한다.

## II. 트라우마 인지 실무

### 1 트라우마의 이해

미국 심리학회(American psychological association)에서는 트라우마를 “사고, 강간, 자연재해와 같은 끔찍한 경험에 대한 감정적 반응”이라고 정의하며, “사건 직후 쇼크와 부정은 전형적인 반응이고, 장기적 관점에서 예상치 못한 감정, 회상, 경직 및 물리적 증상(ex. 두통, 메스꺼움)을 포함한다”고 한다.

Katz와 Haldar에 따르면 “트라우마를 일으키는 외부적 위협에는 ‘자기나 다른 사람에 대한 신체적 손상의 위협, 심각한 상처, 죽음이나 그에 대한 위협을 경험하거나 목격, 참여, 마주하는 것’이 있다. 이러한 트라우마는 뇌에 영향을 미칠 수 있고, 이에 따라 트라우마를 경험한 사람의 행동에 단기적, 장기적 영향을 미치기도 한다”고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.6).

본 연구에서 인터뷰에 참여한 트라우마를 가진 사람들은 가정폭력, 성폭력, 학교폭력, 아동학대 등을 경험한 자들로 “또래 친구나 선배로부터 폭행을 당하거나 집단 폭행을 당한 경우”, “아버지의 알코올 중독으로 인한 무차별 폭행”, “사회복지사로부터 글러브, 막대, 주먹에 수건을 감고 손으로 때리거나 발로 밟아 폭행”을 당한 경험 등이 트라우마를 유발하였다고 이야기하였다. 또한, 물리적, 성적, 정서적 폭력이 복합적으로 이루어진 “친구가 폭행하며 나체 사진을 찍어 유포하겠다고 협박한 경우”나 “가족으로부터 쇠파이프로 맞고, 자고 있을 때 친척이 다가와 추행을 한 경우”가 트라우마의 원인이 된 사건이라고 알려주었다.

트라우마의 증상으로서는 Katz와 Haldar는 “트라우마로 인하여 뇌의 일부분이 일시적으로 손상되기도 하고, 이는 스트레스 호르몬을 분출시켜 기억의 특정 파편을 기록하게 한다. 또한, 트라우마 경험은 뇌에 트라우마 기억으로 암호화되고, 트라우마에 관련된 내부적, 외부적 자극에 의해 트라우마 기억 소환은 스트레스 호르몬을 분출하며 이에 따라 트라우마를 경험한 당사자는 트라

우마가 일어났던 당시와 비슷한 불안이나 두려움을 느끼게 된다”고 하였다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.7). 또한, “트라우마에 대한 반응은 개인의 성격, 자아, 체질, 사회적 지원, 스트레스 요인의 병발성, 문화적 배경에 따라 각기 다르게 나타난다. 트라우마로 인하여 개인은 매우 강렬한 두려움, 무력함, 공포를 느낄 수 있고, 트라우마의 가장 흔한 4가지 지표로 나타나는 행동은 불안, 우울감, 분노, 건강하지 않은 관계의 형성, 부정이다. 그러나 트라우마 반응은 개인과 사회 속 복잡함의 영향을 받기 때문에 보편적인 표지는 존재하지 않는다”고 하였다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.8).

이를 증명하듯이, 본 연구에 참여한 트라우마를 가진 사람들은 공통된 트라우마 증상으로 ‘우울감과 불안’을 호소하였고, ‘폭력을 행사한 가해자들과 같은 성별, 나이대 사람들을 피하고, 불신하게 되었다’고 하였다. 또한, ‘가해자로부터 연락이 오거나 스트레스 상황에 직면하면 자해나 자살 기도를 한 적도 있다’고 말하였다. 개별적인 트라우마 증상으로는 ‘가정폭력 이후, 야뇨증이 생겼는데 이 때문에 또 가족으로부터 폭행을 당하였다’는 사람도 있었다.

한편, Katz와 Haldar는 “트라우마의 반응은 단기적일 수도 장기적일 수도 있다. 단기적 반응으로는 트라우마와 관련된 대화, 생각, 감정으로부터의 회피, 기억상실, 다른 사람과의 거리두기, 말더듬, 해리성증상: 경각심 약화, 집중의 어려움, 흥분이 증가하여 불면증, 과민, 과장된 놀람 반응 등이 있다. 한편, 장기적 반응으로 단기적 증상이 지속될 수 있고, 만성적인 죄책과 수치심에 시달릴 수 있으며, 무력함, 손상된 느낌을 받을 수 있고, 다른 사람을 믿는 것이나 관계 유지가 어려울 수 있다”고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.8).

본 연구에 참여한 트라우마를 가진 피해자들은 현재까지도 트라우마 증상이 촉발되는 경우가 있고, 주로 ‘가해자와 비슷하게 생긴 사람을 보거나 누가 폭행을 당하는 상황’, ‘돈 문제나 학교 문제, 친구 관계 등에서 스트레스를 받는 상황’에서 과거의 트라우마 상황이 상기되며, 이로 인하여 공황장애가 오거나 숨을 못 쉬고, 무조건 잘못했다고 빌기도 하며, 순간적으로 머리가 새하얘져 5~10초 간 아무 생각이 나지 않는 등의 경험을 한다고 하였다.

반면, 인터뷰 참가자 중에 트라우마를 유발한 사건으로 인하여 단기적으로는 ‘우울하고, 집 밖으로 나가는 것이 두려웠으며, 사람들을 피하게 되는 시기’가 있었으나, 사건이 발생한 이후로 2년이 지난 지금은 더 이상 과거의 경험으로 힘들어하지 않는다고 하였는데, 그 극복 방법으로 ‘심리 상담을 받으며 혼자 괴로워하던 부분을 함께 상담사와 나누고, 친구들과 어울리며 자연스럽게

괜찮아졌다’고 대답하는 것과 같이 시간이 지나면서 나아지는 부분이 있다고도 말하였다.

한편, 일시적으로 트라우마 반응을 가라앉히는 방법으로 ‘게임과 같이 자기가 좋아하는 행동을 하거나, 누군가 안아주거나, 친구들로부터 관심을 받을 때’ 등을 제시하며, 좋아하는 일을 할 때 트라우마로부터 잠시 벗어날 수 있었다고 알려주었다.

## 2 간접 트라우마의 이해

간접 트라우마는 “트라우마를 경험한 사람과 일하는 상담자, 치료사, 의사, 변호사, 트라우마 경험을 가진 사람들을 직접적으로 돕는 사람들에게 나타날 수 있는 2차 트라우마를 의미한다. 트라우마를 경험한 사람과 지속적이고 반복적인 관계를 하는 사람 누구에게나 나타날 수 있다”고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.9).

본 연구에서는 트라우마를 가진 의뢰인과 함께 일한 변호사와 트라우마를 가진 청소년들과 함께 일한 사회복지사가 2차 트라우마에 관한 이야기를 나누어주었다.

Katz와 Haldar는 “간접 트라우마는 트라우마를 경험한 자의 기억과 관련된 고통스러운 감정이나 이미지들을 경험하며 시간이 지날수록 이 기억을 그들 스스로의 기억 시스템에 포함시키는 것이다. 이로 인하여 간접 트라우마를 겪는 사람은 안전, 믿음, 존중, 친밀함 등을 잃게 될 수 있다”라고 하며, “따라서 간접 트라우마를 겪는 사람은 그들의 믿음과 가치에 대한 지속적인 도전에 대해 다음과 같은 반응을 보일 수 있다. 트라우마 경험자의 트라우마를 부정하거나, 스스로에게 시간과 에너지를 내어줄 수 없게 되며, 스스로를 매우 취약하다고 느낄 수 있다. 또한, 사랑하는 사람들과 연결되지 않는다고 느끼며, 선이 세상에 존재한다는 자신감을 잃고, 인간에 대한 환멸을 느끼며, 자존감이 몰락하기도 하고, 사회생활을 포기하거나 소외되는 감정을 느낄 수 있다”고 하였다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.10).

본 연구에 참여한 전문가들은 간접 트라우마 증상으로 ‘자살 충동, 강박증, 불안한 마음, 무기력’ 등을 경험하였다고 하였고, 특히, 트라우마를 가진 피해자들의 자해나 자살 등 생명에 위협이 되는 상황을 목격하였을 때 더욱 마음이 무거워지고, 충격을 크게 받는다고 하였다.

### 3 트라우마 인지 실무의 이해

Katz와 Haldar는 트라우마를 가진 피해자에 대한 접근 방식에 관하여 “트라우마 인지 실무를 한다는 것은 트라우마 사건 경험자의 행동이 나쁘다거나 질병이라기보다는 ‘상처’라는 것을 알아차리는 것이다. 따라서 트라우마 인지 서비스와 프로그램은 트라우마 경험자를 처벌하기보다는 ‘지지’하는 방식이다”라고 표현하였다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.13).

또한, 트라우마 인지 서비스를 제공하는 사람들이 간접 트라우마를 겪는 것을 방지하는 것을 포함해야 한다는 차원에서 “트라우마 인지 서비스를 제공하는 단체는 모든 직원이 서비스를 제공받는 사람들이 트라우마의 영향을 받는다는 것을 이해하고, 트라우마의 재발을 감소시키는 상호작용을 할 것과 회복하는 절차로 상호작용을 해야한다”고 하였다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.12).

#### (1) 의료와 교육 분야

미국에서는 “1999년 컬럼바인 고교 총기 난사 사건 이후로, 학교들은 학교폭력을 억제하려는 목적으로 불관용 정책의 규율을 기꺼이 수용했다”고 한다(수잔 크레이그, 2020, p.22).

이는 2021년의 우리 나라의 상황과 유사하다. 대다수의 언론은 10대의 범죄나 학교폭력에 관하여 더욱 공포화되었다고 보도하고 있고, 연예계, 체육계 등 각종 분야에서 학교 폭력이 뜨거운 감자가 되어, 과거 학교 폭력을 행사하였다는 논란이 있는 유명인들은 더 이상 대중 매체에 출연하거나 관련 분야에서 활동하기 어렵게 되었다. 이에 따라 여론도 「학교폭력 예방 및 처리에 관한 법률」에서 학교폭력을 더욱 강하게 처벌하도록 개정을 요구하고 있고, 급기야는 「소년법」 폐지를 주장하며 범죄를 저지른 청소년들을 성인과 같이 형사재판으로 의율하기를 바라고 있다.

그러나 미국의 불관용 정책은 실패한 것으로 보인다. 수잔 크레이그는 “이러한 규율들은 개별적 상황에 대한 고려 없이 아이들에게 높은 수준의 처벌을 가하고, 이로 인해 학교와 경찰의 경계가 모호해지는 사태를 야기한다. 그 결과 많은 학교가 가벼운 비행을 다스리는 데에도 사법기관에 의존하는 실정이 되었다(Elais, 2013). 불관용 정책은 학교의 안전을 개선하기보다는 아이가 지각을 하거나 성질을 부리거나 평온을 어지럽혔다는 이유만으로 체포될 위험성을 높였다”고 한다(수잔 크레이그, 2020, p.22).

수잔 크레이그는 불관용 원칙의 대안으로 학교 교육에 트라우마 인지 실무를 접목한 ‘트라우마 공감학교’를 제시한다. 트라우마 공감학교는 “아이들은 모두 관계 맺기, 친숙해지기, 신뢰, 자율, 사랑에 대한 기본적인 욕구를 가지고 태어난다. 이러한 욕구가 일관되고 편안한 방식으로 충족될 때 아동은 의존과 상호의존의 한도를 시험해보는 법을 배운다. 이 튼튼한 기반으로부터 학습을 향한 자신감이 생기고, 여기에 자아가 싹튼다. 긍정적인 돌봄을 받으며 자란 아이들은 변화하는 주변 환경의 기대치에 맞추어 목표를 이루어낼 수 있도록 자기 육체와 소통하며 감정과 행동을 제어할 줄 안다. 이런 아이들은 타인과 서로 도움을 주고 받는 관계를 형성하는 것이 가능하다”(수잔 크레이그, 2020, p.28)와 같은 가설을 바탕으로 만들어진 모델이다.

이 모델은 1) 스태프 훈련과 지원, 2) 신경 발달을 지원하는 교육법, 3) 학급 운영, 4) 방침과 절차, 5) 규율, 6) 지역사회 기관들과 협력으로 구성되어 있다.

**“스태프 훈련과 지원 :** 교사와 관리자들은 기존의 지원과 개입 방식들을 트라우마에 민감한 렌즈를 통해 살필 수 있도록 훈련받아야 한다. 해결되지 않은 트라우마의 특징과 트라우마가 만들어낼 곤란에 대응할 방법을 찾아낼 수 있도록 전문성이 개발되어야 한다. 일상적으로 대처방법이 제공되어야 하며 가까운 정신건강 기관과 긴밀히 협력해야 하고, 위기에 처하거나 즉각적 개입이 요청되는 아이들에 대한 다양한 구조 수단을 언제든지 이용할 수 있도록 보장해야 한다(Craig, 2008). 트라우마에 민감한 관리자들은 교사가 학생과 긍정적인 관계를 유지할 수 있게 돕고, 공감 피로나 트라우마 전염에 의한 2차 피해로 교사가 희생되는 일이 없도록 도와야 한다”(수잔 크레이그, 2020, p.29).

**“신경 발달을 지원하는 교육법 :** 현재까지 알려진 뇌의 사회적 특성에 입각해 교육 체계가 아이들의 신경 발달을 촉진할 수 있는지를 검토해야 한다. 아이들은 안전함, 서로 배려하는 관계, 의미 있는 협력 그리고 개념과 창의적 발상에 대해 다양한 감각으로 탐구할 기회를 자주 제공받을 수 있는 환경하에 있어야 한다. 이 목표에 부합하는 교수법은 많이 있겠지만, 트라우마 공감학교에서는 그 중에서도 효율적인 개별화 수업과 문답식 지도를 가장 신뢰한다. 이 방식들이 트라우마를 겪은 아이들에게 가장 뚜렷한 도움을 줄 수 있기 때문이다. 효율적인 개별화 수업을 통해 아이들은 피드백을 주고받을 기회를 자주 얻을 수 있게 되고, 교사는 이를 끊임없이 응용하여 학생들의 변화되는 요구를 채워줄 수 있게 된다(Tomlinson, 2001). 문답식 지도는 아동 집단에서 흔히 일어나는 언어 장애 문제를 해결하

는 기쁨이 되어준다(Nystrand, 2006). 교사와 대화를 이어갈 수 있다는 것 자체가 언어와 행동을 연관 짓고 인지의 왜곡을 바로잡으며 이야기를 통해 자신에 대해 설명하고자 하는 아이들의 노력에 대한 응원이 되어준다”(수잔 크레이그, 2020, pp.29~30).

**“학급 운영 :** 트라우마 공감학교는 긍정적 행동 지원과 사회정서적 학습을 통해 아동이 자기 자신을 제어하고 타인과 긍정적 관계를 맺으며 자존감을 발달시킬 수 있도록 돕는다. 긍정적 행동 지원, 즉 PBS 모델은 수업일의 시작부터 종료시까지 언제 어디서 문제행동이 발생할지를 예측하는 발전된 형태의 응용 행동 분석(Sugai, Horner, Dunlap Hieneman, Lewis, Nelson, Ruef, 2000)이며, 학교 생활의 성공과 조화되지 않는 행동을 예방하는 데 초점을 맞추는 단계적 접근법이다. 학교를 중심으로 꾸려지는 팀들은 교사와 아이들이 수업 내내 함께 도모하는 발달상 적절한 행동의 범주를 파악해놓아야 한다. 더불어 기대치를 명확히 밝히고 자주 의견을 교환해야 하는데, 이 때 기대치들은 문제를 예상하고 예방하는데 도움이 되도록 일상적 언어로 표현되어야 한다. 아이들은 이러한 보편적 지원, 즉 합의된 목표를 이루는 데 필요한 모든 지원을 모든 학교 환경 속에서 필요에 따라 받을 수 있어야 한다. 트라우마 공감학교에서는 아이들이 스스로 스트레스를 조절하고 트라우마 유발 요인을 피하며, 교사 및 또래 친구들과 긍정적인 관계를 만들어내도록 지원할 수 있는 환경이 중요하다.

사회 정서적 학습, 즉 SEL 모델은 아이들이 스스로 감정을 인지하고, 행동을 검토하며, 공감능력과 협조성을 발달시키는 사고 습관을 기르도록 교사가 도와줄 수 있는 도구를 제공해준다(Brackett & Rivers, 2014). 이 방식은 충동적이거나 자신의 행동이 타인에게 끼치는 영향에 대해 무지한 아이들에게 유용한데, 이는 SEL 모델이 아동이 자신의 자아에 눈을 뜨게 하는 것을 중요시하기 때문이다. SEL 전략은 어느 교과 분야에서든 쉽게 적용하여 수업에 통합할 수 있다. 트라우마 공감학교에서는 이런 전략들에 기초하여 아이들의 트라우마 병력과 연관된 불안감이나 과흥분 상태와 같은 증상들을 조절할 수 있도록 노력한다”(수잔 크레이그, 2020, pp.30~31).

**“방침과 절차 :** 트라우마 공감학교는 어린 적 트라우마를 겪은 아이들의 성공과 안전을 보장하도록 방침과 절차를 정한다는 특징이 있다. 신체 안전의 중요성은 물론이거니와, 왕따를 비롯한 정서적 행복을 위협하는 기타 문제들로부터 보호하고 비밀을 지키는 일에도 엄격하다. 친권이 없는 부모와 접촉할 때, 특히 판사의 접근 금지 명령이나 가정 폭력의 전

과가 있는 부모들과 접할 때는 명확한 규칙을 세워두어야 한다.

규율과 안전 계획, 소통 방침, 지역 사회 보건기관과의 협력과 관련된 방침에서는 트라우마 병력이 이미 밝혀진 아이들뿐만 아니라 트라우마가 명확히 겉으로 드러나지 않은 아동, 나아가 트라우마를 겪은 주변 친구의 행동에 영향을 받을 수 있는 아이들에게도 도움을 줄 수 있어야 한다”(수잔 크레이그, 2020, pp.31~32).

“**규율** : 트라우마 공감학교의 훈육 방침은 솔선하여 변화를 만들어내고자 하는 것으로, 최대한 많은 문제를 예측하고 예방하는 것을 목표로 한다. 합의된 보편적인 지원들을 일관되고도 시기 적절하게 실행할 수 있도록 스태프들을 훈련시켜야 한다. 교사는 아이들에게 기대하는 행동을 잘 설명하고 점검해야 한다. 학교는 규정 위반 행위를 다룰 때 아이들을 배제하지 말고 함께 논의해야 한다. 아이들이 자신의 행동을 인식하고 객관적으로 바라보는 능력을 향상할 수 있도록 하기 위함이다. 어떤 경우든 아이들이 입은 상처를 치유하다 보면 갈등은 저절로 해소되기 마련이다”(수잔 크레이그, 2020, p.32).

“**지역사회 기관들과의 협력** : 과거에 트라우마를 겪었거나 현재 고난에 처해 있는 아이와 가족의 정신건강을 위한 요구에 응하기 위해 트라우마 공감학교는 지역 사회의 관련 기관들과 협력 관계를 형성할 수 있어야 한다. 이러한 파트너십은 사회정서적 개입의 기회를 늘려주고, 스태프들이 전문가에게 간편하게 의뢰할 수 있도록 해주며, 스태프들에게 훈련의 기회를 제공한다.

트라우마를 인지하고 이해하는 교육법의 장점은 트라우마를 겪은 아이들이 학업 및 사회 관계를 능숙하게 해나갈 수 있도록 하는 것에 그치지 않는다. 학교의 안전을 위협하는 행동이나 수업 시간에 차질을 빚게 하는 일탈 행동을 감소시킴으로써 다른 아이들에게도 도움을 준다. 교사가 트라우마를 겪은 아이들과 마주하는 법을 새로이 습득하면 할수록 학생 전체의 정서적 요구를 더 잘 들어줄 수 있게 된다. 아이들 스스로가 서로에게 도움을 줄 수 있게 되고, 필요할 때 도와달라고 말하는 것을 두려워하지 않게 된다”(수잔 크레이그, 2020, pp.32~33).

이처럼 트라우마 공감학교는 아동, 청소년들의 일탈 행동을 아동·청소년들이 삶의 이른 시기에 물리적·정서적·성적 폭력 및 방임, 가정 환경 등의 사건을 경험한 것으로부터 발생한 트라우마에서 기인한 것으로 본다. 또한, 트라우마가 아동, 청소년의 뇌 기능을 제한하는 것이 과학적으로

밝혀진만큼, 이러한 트라우마로 인하여 아동, 청소년의 뇌 기능이 제한되는 것을 막고, 아동, 청소년들이 스스로 문제 해결 및 고차원적 사고가 가능하도록 지원하도록 교육 환경을 조성하는 것을 목표로 하며, 이 과정에서 교직원들이 간접 트라우마의 영향을 받지 않도록 교직원에 대한 훈련도 포함하고 있다.

수잔 크레이그에 따르면 “2011년, 워싱턴은 미국에서 트라우마 공감적 접근을 지원하는 주 입법을 통과시킨 첫 번째 주가 되었다. 「H.R. 1965」(Wash. 2011)의 계획에는 부정적 아동기 경험을 예방하고 축소하기 위한 혁신적 전략에 대한 확인과 홍보가 담겨 있다. 2013년에 펜실베이니아가 뒤를 따라 트라우마 인지 기반 교육을 주 차원에서 지원하도록 하는 「H.R. 191」(Penn. 2012)를 통과시켰고, 메사추세츠에서도 2014년 8월 13일 ‘안전하고 지지적인 학교’를 의무화하는 「H.B. 3528」(Mass, 2014)이 법률로 제정되었다”고 한다(수잔 크레이그, 2020, p.27).

이처럼 우리나라에서도 미국의 불관용 정책 실패의 전철을 밟지 않고, 하루빨리 트라우마 공감 학교와 같은 포용 정책으로 아동, 청소년들의 트라우마를 치유하여, 아동·청소년들이 스스로의 행동과 감정을 조절하고, 사회적 관계 형성 및 문제 해결을 통해 자신의 기량을 마음껏 발휘할 수 있도록 지지하는 교육 제도를 도입하여야 할 것이다.

## (2) 의료와 심리 분야

시라카와 미야코는 일본의 정신과 의사이자 임상심리사로서 학대, 가정폭력 등 대인 폭력으로 말미암은 트라우마 치료에 전념하였고, 그 경험을 바탕으로 『빨간모자와 늑대의 트라우마 케어』를 집필하여 ‘트라우마 기억의 원리, 회복 과정, 접근법 및 의료, 보건, 복지, 사법, 교육 등 여러 장면에서 트라우마를 겪은 사람들과 마주하는 관계자를 지원하는 원칙과 증상 대응법’에 관한 노하우를 공유하였다. 아래의 내용은 이 책을 바탕으로 작성된 것이다.

시라카와 미야코는 “미국의 약물 남용 및 정신 위생 관리청 사이트(Substance Abuse and Mental Health Services Administration, SAMHSA) 첫 페이지에서 ‘트라우마 인식 접근’을 크게 소개한 적이 있었습니다. 이 개념은 ‘① 트라우마의 광범위한 영향과 회복 가능성을 이해한다. ② 당사자, 가족, 직원, 기타 관계자의 트라우마 신호와 징후를 인지한다. ③ 정책, 절차, 관행과 같은 지원 분야에 트라우마 지식을 통합하여 대응한다. ④ 트라우마 재발 방지 수단을 찾는다’로 구성되어 있습니다. 그 기본은 다음 6원칙으로, 매우 간단합니다. ① 안전, ② 신뢰성과 투명성, ③

동등 지원, ④ 협동과 상호성, ⑤ 역량증진, 소리와 선택(소리를 들려주고 선택하게 함), ⑥ 문화, 역사, 성에 대한 배려”라고 말하며(시라카와 미야코, 2017, p.6), 심리 상담에서 실제로 활용할 수 있는 ‘트라우마 인식 접근’ 방식을 소개한다.

시라카와 미야코는 “트라우마는 종종 사례를 제외하면 ‘심리교육’, ‘자가치료’, ‘기술 습득’ 세 가지 방법으로 회복할 수 있습니다”라며(시라카와 미야코, 2017, p.41), 다음의 세 가지 항목이 핵심이라고 소개한다.

- “트라우마란 무엇인지, 현재에 어떤 영향을 미치는지 파악한다.
- 자신을 소중히 대하는 자가 치료 방법을 배운다.
- 살아가기 위한 여러 기술(감정표현, 인간관계) 등을 익힌다.”

(시라카와 미야코, 2017, p.41)

또한, “회복은 일직선으로 나아가는 것이 아닙니다. ‘기억의 해동’은 안전이 확보된 후에야 이루어지지요. 조금 좋아졌다, 편해졌다고 생각한 순간 기억이 분출되어 혼란에 빠질 수 있습니다. 다시금 앞으로 나아가면 인생의 다음 과제가 나타나 또다시 일시적으로 힘들어질 수 있으며 그로 말미암아 과거의 증상이 되돌아오기도 합니다. 그야말로 나선형 계단이지요”라며 트라우마의 회복은 나선형의 계단 형태로 이루어진다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.42).

또한, “주디스 허먼의 회복 3단계 ① 안전과 안심의 확보, ② 재체험(안심할 수 있는 관계 속에서 말이나 글로 표현하여 과거를 재체험 한다), ③ 사회적 재결합(사회적 유대를 형성한다)”과 “메리 하비의 회복 7단계 ① 기억 상기 과정의 주체자, ② 기억과 감정의 통합, ③ 감정 내성, ④ 증상 통제, ⑤ 자기 존중감과 통일된 자아감, ⑥ 안전한 애착, ⑦ 의미의 도출”을 소개하며 트라우마 회복의 구체적인 방법을 안내한다(시라카와 미야코, 2017, p.73).

시라카와 미야코는 메리 하비의 회복 7단계 중 1단계(기억을 떠올릴지 말지 선택하는 사람은 나 자신)에서 ‘트라우마를 가진 사람은 기억이 상기되었을 때 그것을 멈추지 못하고, 반대로 관련 기억을 떠올리려고 해도 기억이 나지 않는 경우도 있는데, 그런 경우 “안전한 환경에서 기억을 재생하는 체험”을 여러 번 거듭하는 방법’을 추천한다. 또한, ‘비슷한 경험으로 트라우마를 겪는 다른 사람들 앞에서 자신의 경험을 나눌 것’을 제안한다. 이 때, 트라우마를 가진 사람이 혼란스럽게 이야기해도 따뜻한 분위기에서 나눌 수 있도록 ‘용기 있게 말해줘서 고맙구나’ 등의 지지하는 발언

이 필요하다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.41).

또한, 회복 7단계 중 2단계(과거의 고통을 이야기하다)에서 다시 회상해도 ‘안전하다’를 느낄 수 있는 체험을 반복하는 동안 과거의 기억과 관련된 감정이 되살아난다고 한다. 이 때 눈물을 흘림으로써 기억과 감정의 통합이 이루어진다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.85).

한편, 트라우마를 가진 사람이 처음에는 감정에 휘말리고 자기 뜻대로 감정을 제어하지 못하기 때문에 괴로움을 느낄 때가 많으나 이렇게 넘어지고, 부딪히면서도 앞으로 한걸음씩 나아가면 3단계(내 마음을 받아들이다)에서 1) 과거의 감정과 지금의 감정을 구별 가능하고, 2) 자기 안에 들어온 타인의 감정과 자신의 감정을 구별할 수 있으며, 3) 모순된 감정을 동시에 느낄 수 있고, 4) 좋은 기분, 나쁜 기분, 흑백의 상태 외에도 다양한 감정의 폭을 깨달을 수 있으며, 5) 다양한 감정의 폭을 견딜 수 있도록 ‘감정 내성을 획득’하게 된다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.89).

4단계(방아쇠를 깨닫다)에서는 트라우마와 관련된 과거의 기억이 상기되는 이유는 ‘트라우마와 비슷한 환경(ex. 밤, 문이 삐걱거리는 소리), 과거와 똑같은 기분을 느끼는 상황’ 등 과거의 괴로운 체험과 공통된 ‘무언가’가 일어나고 있을 가능성이 크다고 말하고, 트라우마를 유발하는 방아쇠를 안다고 하여 증상이 바로 사라지는 것은 아니지만, 증상이라고 깨닫는 것과 대처하는 것이 중요하다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.93).

5단계(소중한 나의 가치를 인정하다)에서는 트라우마가 있는 사람은 수치심, 죄책감, 자기부정이 강하기 때문에 좀처럼 자신의 가치를 인정하지 못한다고 한다. 따라서, 매일 조그마한 발전을 찾아낸 후, 노력하는 자신을 인정하며 ‘나는 소중한 사람’이라는 느낌이 싹트도록 하고, 나의 약점과 단점을 포함하여 자신과 타인과의 ‘타협점을 찾는 과제’에 도전해볼 것을 제안한다(시라카와 미야코, 2017, p.97).

학대를 받은 사람은 성장 과정에서 상습적으로 비슷한 피해를 입는 경우가 있고, 이 때 ‘언제나 피해자가 되는 불쌍한 나’라고 생각하며 ‘전부 상대방 탓’이라고 생각하면 향후에 자신을 지키기 어려워진다고 한다. 이처럼 6단계(관계를 구축하다)에서는 학대 경험자가 피해-가해 관계에 빠지지 않고, ‘너의 그 말이 나를 상처줬어’가 아닌 ‘나는 그런 말을 들으면 상처를 받아’ 방식으로 대화하도록 제안한다. 또한, 자신과 타인이 모두 불완전한 존재고, 모두 괴로울 수 있다는 사실을 인식하며, 타인의 아픔을 이해하고 서로 보듬어 주는 관계를 체험해야 한다고 한다. 이렇게 상대

와 대등한 관계를 형성하는 노력이 필요하다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.104).

7단계(인생이라는 이야기)는 ‘의미를 도출’하는 단계인데, 이는 트라우마로부터 살아남은 생존자가 트라우마에 시달리는 다른 사람을 도와주는 것이 자신의 사명이라고 생각하는 것이 아니라, 트라우마에서 살아남은 사람의 몸짓, 음성, 창작, 노래, 연주 음악, 묘사 그림 모든 것이 메시지가 될 수 있으므로 자신만의 방식으로 ‘이 세상에 단 하나뿐인 나’에 도달하는 것을 의미한다(시라카와 미야코, 2017, p.107).

또한, 시라카와 미야코는 트라우마를 가진 경험자를 지원하는 상담사의 건강이 더 나은 지원의 밑거름이 되기 때문에 이차적 외상 스트레스에 유의해야 한다고 말한다. 이차적 외상 스트레스의 위험은 상담사가 트라우마 경험에 많이 노출될수록, 트라우마에 관한 지식이 적을수록 커진다고 한다(시라카와 미야코, 2017, p.190).

이차적 외상 스트레스가 나타났을 때 해소법으로 다음과 같은 방법을 제안한다(시라카와 미야코, 2017, p.191).

- ‘▷ 트라우마 지원은 일정 시간을 넘기지 않으며 중간에 휴식을 취한다,
- ▷ 개인이 아닌 팀으로 활동한다,
- ▷ 팀 구성원과의 대화를 통해 자신의 감정을 해방한다, 완벽히 해내려고 하지 않는다,
- ▷ 자신의 한계를 넘지 않도록 한다,
- ▷ 취미 생활과 스트레스 해소법을 찾는다,
- ▷ 공적인 일과 사적인 일을 구별하고 사생활을 중시한다,
- ▷ 여가와 휴가 시간을 충분히 확보한다,
- ▷ 자격과 경험이 있는 사람에게 조언을 듣는다.’

한편, 이차적 외상 스트레스를 예방할 수 있는 방법으로 다음과 같은 방법을 제시한다(시라카와 미야코, 2017, p.192~193).

- ‘1) 준비(사례에 입각한 훈련을 받음. 아직 해결하지 못한 개인적 트라우마가 있다면 그 문제를 치료),
- 2) 도움(트라우마 지원은 혼자서 할 수 없으며 혼자서 진행해서도 안됨. 치료사 간 유대 및 다직종 연대가 필요함),
- 3) 균형(상담 시 트라우마 사례만을 다루지 않음. 부득이한 경우에는 회복 중인 내담자의 예약

을 종종 내담자 사이에 넣어 균형을 맞춘. 사생활을 충실히 보내고 일상생활 균형에도 힘씀)’

본 연구에 참여한 트라우마 가진 사람을 지원하는 전문가도 ‘즉각에서 주변 동료들에게 그 순간의 감정과 느낌을 나누는 것과 동료들이 물어봐줄 때 솔직하게 털어놓을 때 후련하다’고 이야기하였다. 또한, ‘특정 사례가 담당 사회복지사를 힘들게 하는 경우, 다른 사회복지사가 대신 사례 지원을 나가거나 담당 사회복지사를 변경하기도 한다’고 하였다. 한편, ‘삶이 메말랐던 사람들은 상황을 왜곡하거나 분노, 집착을 보이는 경우가 있기 때문에 그 사람이 왜 그 상황에서 그렇게 분노하였는지 등 살펴보고, 사회복지사가 사과할 부분은 사과하고, 피해자 행동의 맥락을 이해하려고 노력해본다’고 하였다. 이러한 과정을 통해 피해자를 지원할 수 있는 더욱 다양한 방법을 고민해보고, 동료들과 논의하여 문제를 다르게 살펴보는 기회를 가질 수 있다고도 하였다.

#### 4 외상 후 스트레스 장애의 이해

“외상 후 스트레스 장애(Post-traumatic Stress Disorder, PTSD)는 사람이 전쟁, 고문, 자연재해, 사고, 폭력 등의 심각한 사건을 경험하거나 심각한 외상을 보고 들은 후에 그 사건에 공포감을 느끼고, 사건 후에도 계속적인 재경험을 통해 고통과 불안 증상이 나타나서 정상적인 사회생활에 부정적인 영향을 끼치게 되는 심리적인 장애를 말한다.

외상 후 스트레스 장애의 주된 증상은 충격적인 사건의 재경험과 이와 관련된 상황 및 자극에서 회피하는 행동을 보이는 것이다. 외상을 겪고 나서 생존자들이 처음 느끼는 것은 살아남았다는 것에 대한 안도감이지만 이후 자신이 겪은 일에 대한 충격으로 많은 생존자가 주변의 소리나 자극에 대해 강렬하게 반응하거나 높은 각성상태로 고통을 받기도 한다.

사건 발생 1달 후 혹은 1년 이상 경과된 후에 증상이 시작될 수도 있는데 환자는 해리 현상이나 공황발작을 경험할 수도 있고 환청 등의 지각 이상을 경험할 수도 있다. 연관 증상으로는 공격적 성향, 충동조절 장애, 우울증, 약물 남용 등이 나타날 수 있고 집중력 및 기억력 저하 등의 인지기능 문제가 나타날 수도 있다”(주경미, 2018, p.6).

본 연구에 참여한 트라우마를 가진 사람을 지원하는 전문가의 인터뷰에 따르면 ‘성폭력, 성희롱 피해자들이나 부당해고를 당한 근로자들의 경우 PTSD 진단을 받은 경우가 더러 있었다’고 하며,

이들은 ‘사건에 대한 생각을 높지 못하고 불안한 모습을 보이고, 지속적으로 가해자에 대한 생각이 떠올라 일상생활이 어렵고 자기 파괴적인 행동을 반복적으로 하였으며, 증세가 악화되는 경우 누군가 나를 계속 해킹한다거나 지켜보고 있다는 정신분열 증세를 보이기도 하였다’고 한다.

한편, 본 연구에 참여한 전문가 인터뷰에서 ‘배우자를 살해한 사건에서 피고인에게 BWS(매맞는 아내 증후군) PTSD가 있으므로 심신미약 상태였다는 것을 정신감정 및 범죄심리학 전문가를 감정 증인으로 신청하여 주장하였으나 받아들여지지 않았다’고 하였고, ‘성폭력 피해자의 PTSD 진단서를 제출하였으나 피고인을 준강간치상으로 의율하지 않고 준강간으로 의율하였다고 인정된 사건이 있었다’고 한 것으로 보아 법정에서 PTSD 진단서의 증거능력이 인정되지 않는 것으로 보인다.

이에 따라, 본 연구 참여한 전문가는 인터뷰에서 ‘PTSD 진단을 받은 경우, 변론을 할 때 관련 연구나 논문을 바탕으로 PTSD 진단에 관하여 구체적, 적극적으로 주장할 필요성이 있다’고 하였다.

## 5 그 외 트라우마 관련 용어 정리(National Child Traumatic Stress Network etc., 2018, p.3)

- 아동 트라우마 스트레스 반응  
아동이 적응할 수 있는 능력을 압도하는 트라우마 사건이나 상황에서 나타난다. 트라우마에 노출된 아동은 다양한 트라우마 스트레스 반응을 경험할 수 있다. 트라우마 스트레스 반응으로는 악몽, 불면증, 과잉각성, 집중력 저하, 우울 증상(ex. 슬픔, 무관심, 식욕 저하 등), 과장된 놀란 반응이 있고, 이것들에 제한되지 않는다. 이 증상들은 가정, 직장, 학교, 인간관계 등 다양한 환경의 일상 생활에 지장을 줄 수 있다.
- 신체 경보 시스템  
위험한 환경을 살펴, 무슨 행동을 할지 준비하는 뇌의 일부분이다. 만약 신체 경보 시스템이 촉발되면 안전함을 유지하기 위해 ‘공격-도망-경직’과 같은 긴급한 심리적 변화를 폭포수처럼 유발한다. 이 복합적인 반응은 교감 신경계, 전두엽 피질, 편도체 등 뇌의 다양한 영역에서 일어난다.
- 방아쇠  
과거 트라우마 사건을 상기시키는 것으로 다시 임박한 위험에 처한 것처럼 느끼도록 하여 신체 경보 시스템을 유발한다. 방아쇠는 사건, 상황, 장소, 신체 감각, 사람 등 트라우마 사건과 연결된 모든 것이 될 수 있다. 이것은 본질적으로 위협적일 필요가 없다.
- 복합 트라우마  
공식적 진단은 아니지만, 이 용어는 복합적이고 장기간의 형태로 트라우마를 경험하고, 넓은 범위에서 장기간 이 영향에 노출된 것을 의미한다. 복합 트라우마는 일반 아동 성장을 방해하고, 애착(ex. 신뢰 형성,

의미 있는 관계) 형성, 감정과 행동 조절 및 운영 기능(ex. 집중하는 능력, 문제 해결, 계획 또는 장기간 목표 설정)을 어렵게 한다.

- 생존 적응

스트레스 상황이나 다음과 같이 트라우마 경험을 상기시키는 것에 대한 반응을 관리하는 것을 의미한다. 특히, 스스로를 보호하려고 “피해자화”하는 느낌으로부터 오는 불안을 안정시키는 생존 전략을 설계하는 것을 포함한다. “피해자화”하는 느낌은 무관심, 자기파괴적 행위(ex. 약물 복용, 자해, 섭식장애, 불안정한 섹스)로 가장되어 나타나는 과잉각성(ex. 불신, 초조), 공격성, 절망을 포함한다. 이러한 것이 인식되어지지 않은 채 남아있으며, 문제를 해결하고, 다른 사람들과 관계를 맺는데 만성적이고, 기본적인 스타일로 남게될 수 있다.

- 심리적 안정감

정서적 해로움으로부터 안전하고 안정에 대한 위협에 대해 관리할 수 있는 능력이 있다고 믿는 것이다. 심리적으로 안정적인 환경은 다른 사람과 의견이 다르더라도 그들의 기분을 존중하도록 격려한다. 개인은 적응 기술을 배우고 활용하면서 스트레스 상황에서의 심리적 안정감을 키울 수 있다.

- 회복력

트라우마나 인생의 다른 스트레스 사건에도 불구하고, 효과적으로 적응하고 기능할 수 있는 것을 의미한다. 보기 드문 스트레스 상황에 직면한 청소년과 가족도 회복할 수 있는 능력이 있다.

### Ⅲ. 트라우마 인지 변호활동 일반론

Katz와 Haldar는 로스쿨의 리걸클리닉 교육 과정에서 트라우마 인지 실무를 접목하는 것이 법률 직무를 수행하는 데 중요하다고 상정하고, 트라우마 인지 실무를 적용한 법률 지원인 ‘트라우마 인지 변호활동’의 목표로 1) 트라우마의 발견, 2) 변호인-의뢰인 관계 구축, 3) 소송 전략에의 반영, 4) 간접 트라우마의 방지에 관하여 논증한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.1).

#### 1 트라우마의 발견

Katz와 Haldar에 따르면 “트라우마를 발견하기 위해서는 트라우마의 정의가 무엇이고, 정의를 아는 것이 실무와 어떻게 연관되는지 알아야 한다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.27). 또한, “법학도들은 이것이 변호사의 역할을 넘어서는 일이라고 생각할 수 있으나, 사실 트라우마를 발견하는 것의 목적은 효과적인 변호인-의뢰인 관계를 구축하는 것이다”라고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.27).

트라우마 인지 교육을 받지 않은 상태에서 트라우마를 가진 사람을 지속적으로 지원하여 온 전문가들은 본 연구의 인터뷰에서 ‘변호사가 사건을 수행하는 것은 의뢰인의 피해 및 권리구제의 필요성에 공감하기 때문이며 심리적으로 지지하는 역할까지 수행하는 것은 어렵다’는 의견을 밝혀주었고, ‘트라우마를 가진 의뢰인에게 아무리 사과를 하고, 설명을 해도 트라우마를 가진 자가 객관적으로 상황 파악을 할 수 없는 상태에서 큰 좌절감을 느꼈다’고 하였다. 그리고 이렇게 지속적으로 트라우마를 가진 사람들에게 노출되면서 전문가는 ‘자살 충동이나 불안한 마음’으로 힘들었고, 현재는 의뢰인과 ‘인간 대 인간의 관계보다는 철저하게 업무 관계로만 접근하고 있다’고 하였다.

위 사례는 트라우마에 대한 이해 없이는 트라우마를 가진 의뢰인의 행동을 이해하거나 트라우마를 가진 의뢰인과의 적절한 관계 구축이 쉽지 않음을 보여준다.

한편, 본 연구에 참가한 트라우마 인지 변호활동에 관한 교육을 받은 전문가는 ‘가정폭력 경험이 있는 의뢰인이 트라우마를 가졌을 것이라는 전제하에 교육 받은 내용을 바탕으로 상담/인터뷰를 준비하고 진행하였고, 의뢰인은 상황을 잘 기억하지 못한다고 이야기하였으나 인터뷰를 통해 상당히 자세한 내용을 진술하였고, 효과적인 인터뷰가 이루어졌다’고 하였다. 구체적인 인터뷰 방법으로는 ‘의뢰인을 압박하거나 질문을 재반복하기보다는 전체적으로 대화를 하며 답변을 이끌어 내되 언제라도 내담자가 원할 때 인터뷰를 재개할 수 있다는 점을 환기하고, 공감하면서 이야기 그림을 그려가는 것이 의뢰인에게 도움이 되었다고 느껴졌다’고 하였다.

이처럼 트라우마를 가진 사람을 지원하는 전문가들에게 트라우마에 대한 이해는 효과적인 지원을 위해 선행되어야 하는 과정이며, 트라우마를 발견하고, 트라우마를 이해하기 위해서 Katz와 Haldar는 다음과 같은 방법을 추천한다.

“트라우마를 발견하기 위해서는 트라우마가 어떻게 발생하고, 뇌에 미치는 영향에 대하여 설명해줄 수 있는 정신과 의사나 심리학자를 초청하여 이야기를 듣거나 그들의 저서를 조사 및 연구를 해보아야 한다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.28).

위와 같은 방법으로 트라우마를 가진 사람에게 나타나는 트라우마 증상과 그에 대한 대응방법을 이해하는 것은 더욱 효과적이고 성공적인 변론으로 이끌 것이다.

## 2 변호사-의뢰인 관계 구축

Katz와 Haldar는 “트라우마를 발견하고 난 다음 단계는 변호사-의뢰인 관계를 구축하는 전략을 세우는 것”이라고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.30).

또한, “변호사는 의뢰인이 왜 저렇게 행동하는지 이해하기 힘들 수 있다. 그러나 트라우마에 대한 이해가 있으면, 그 행동이 트라우마에서 비롯된 것임을 알아차릴 수 있고, 이 때 변호사는 트라우마 경험이 있는 고객과 어떻게 관계 맺을지에 관한 전략을 세울 수 있다. 이로 인하여 트라우마 경험이 있는 의뢰인을 더욱 배려하여 더욱 잦은 상담을 하거나, 섬세한 상담이 이루어질 수 있다. 이를 통하여 의뢰인도 변호사에 대한 신뢰를 쌓을 수 있고, 상호 간 투명한 소통으로 더욱 효율적인 변론이 가능해질 수 있다”고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.30~31).

본 연구 인터뷰에 참가한 한 전문가는 ‘트라우마를 가진 사람과 자주 만나, 신뢰관계를 쌓는 것이 중요하다’고 하였다. ‘자주 만나 이야기를 나누다보면 어느 순간 트라우마를 가진 상대방이 자신의 이야기를 먼저 꺼내주기도 한다’는 것이다. 또한, ‘상대방이 사건에 관한 이야기를 하기 싫어할 때는 트라우마를 가진 자가 더 중요하게 생각하는 이슈에 관하여 이야기를 나눈 다음에 사건에 관한 이야기를 하면 좋은 효과가 있었다’고 한다.

이는 본 연구에 참가한 트라우마를 가진 피해자 인터뷰에서도 나타난 것으로 ‘사건을 억지로 끄집어내어 이야기하는 것보다 대화를 하다 자연스럽게 이야기가 이루어졌으면 좋겠다’고 하였으며, ‘밥을 먹으면서 만나고, 놀이치료나 그림 치료를 하듯이 상담을 진행하면 조금 더 편안하게 응할 수 있을 것 같다’는 의견을 밝혀주었다.

### 3 소송 전략에의 반영

Katz와 Haldar는 “트라우마 경험이 있는 의뢰인에게 재판 준비를 시키는 것은 특정한 전략을 요구한다. 법원에 가는 것은 트라우마 경험자에게 트라우마를 재발시킬 수 있다. 트라우마로 인하여 뇌가 부적합한 방식으로 기억을 저장하기 때문에 의뢰인은 시간 순서로 사건을 진술하기 어려워하고, 핵심 요소를 기억하지 못하기도 할뿐더러, 사건에 관하여 감정이 없거나 과잉한 반응을 보일 수 있다. 이는 트라우마에 대한 당연하고 일반적인 반응일 뿐이다”고 한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.31~32).

본 연구에 참여한 트라우마를 가진 피해자들은 재판에 임하기 전에 ‘어떤 판결을 받을지 모르는 불안함’이 있었고, ‘트라우마로 어른에 대한 불신이 있는 상태에서 어른들만 있는 곳에서 내 이야기를 들어주는 사람이 없다는 것이 두려웠고, 내 입장은 듣지 않고 어른들끼리 말한 후 결정을 내릴까봐 두려웠다’고 하였다. 또한, 재판에서 ‘답답하고, 표현이 어려워 눈물만 나고 아무 말도 못했다’고 이야기하기도 하였다.

Katz와 Haldar는 피해자들의 이러한 태도에 관하여 “판사들의 트라우마에 대한 이해도가 낮기 때문에 트라우마 경험자들의 위와 같은 행동을 신뢰성이 없다고 판단할 수 있고, 트라우마 경험자에게 발생한 끔찍하고 잊을 수 없는 사건에 관하여 트라우마 경험자가 그에 관하여 구체적으로 진술할 수 있을 것이라고 믿는다. 이러한 판사들의 트라우마에 대한 이해도를 높이기 위해 법정에서

트라우마 이해나 트라우마 인지 변호활동에 관한 세미나나 교육을 이수할 수 있도록 프로그램을 개발할 필요가 있다”와 같이 재판부가 트라우마에 대한 이해도가 매우 낮다는 사실을 지적하였다 (Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.31~32).

이와 유사한 사례로 본 연구에 참가한 전문가가 수행한 재판 중 ‘성폭력으로 인하여 피해자가 PTSD 진단을 받아 가해자에게 민사상 손해배상청구’를 한 사안이 있었으나 재판부는 ‘피해자가 가해자의 폭언 내용을 기억하지 못한다’는 이유로 위 청구를 기각하였다고 하였다.

이런 상황을 고려할 때, 법조계 전반에 걸쳐 트라우마에 대한 이해를 높이는 교육이 필요하고, 이는 로스쿨을 재학할 때 이루어지는 것이 가장 간편한 해결 방법이 될 수 있을 것이다. 또한, 트라우마 경험이 있는 난민, 아동학대, 가정폭력, 소년범죄, 형사 재판의 재판부나 검찰에서 위 교육을 필수적으로 실무수습 프로그램에 포함해야 할 필요성이 있다.

그 외에도 “변호인은 의뢰인과 추가적인 상담 시간을 통해 트라우마를 경험한 의뢰인이 법정에서 요구하는 것을 준비하도록 도와야 한다. 여기에는 법정의 모습과 사람들이 어디에 있는지에 관한 내용을 설명하는 것부터 시작하여, 어떤 질문이 나올지 예상하여 연습하는 것을 포함한다. 이렇게 법정의 경험이 더욱 예측 가능해질수록 의뢰인들은 재판에 적응하기 쉬울 것이다. 또한, 트라우마 경험에 관한 질문의 반복은 트라우마 경험자에게 트라우마 재발을 가져올 수 있기 때문에 준비 시간을 짧게 여러 번 나누어 가지는 것이 효과적이다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.31~32)라고 한다.

본 연구 인터뷰에 참여한 전문가는 ‘법원에 대한 경험이 전혀 없는 상태에서 트라우마를 가진 자들이 재판에 임하게 되면 법정의 권위적인 분위기에 짓눌려 두려워하기 때문에 신뢰관계인이 동행하거나 함께 하면 안정감을 느끼는 것 같다’고 제안해 주었고, 트라우마를 가진 피해자는 ‘법정에서 내 편이 되라고 있는 변호사인데, 피해자에게 트라우마 증상이 나타나면 멀뚱히 쳐다볼 것이 아니라, 피해자를 진정시켜주거나 말을 보태주면 더욱 좋을 것 같다’고 이야기 해주었다.

#### 4 간접 트라우마의 방지

Katz와 Haldar는 “트라우마 인지 변호활동에서 간접 트라우마의 발생 가능성과 효과 및 방지 조치에 대한 안내를 통해 간접 트라우마로부터 보호하는 것 역시 매우 중요하다”고 강조한다 (Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.32).

본 연구에 참여한 전문가 중 ‘트라우마를 가진 의뢰인의 공격적인 모습을 보고, 자살 충동이 들었고, 변호사를 그만둘까 하는 생각까지 진지하게 하였다’고 간접 트라우마를 호소한 전문가가 있었다. 이처럼 트라우마에 자주 노출되고, 트라우마를 가진 의뢰인을 반복적으로 만나는 변호인들에게 간접 트라우마는 언제든지 나타날 수 있다. 사건을 수행하는 변호사의 건강과 원활한 업무처리를 위해서 간접 트라우마로부터 스스로를 보호하는 방법을 숙지해야 한다.

Katz와 Haldar는 “이를 위하여 변호인 스스로가 간접 트라우마 증상을 발견하고, 간접 트라우마로부터 보호하는 방법을 논의하거나 트라우마 인지 변호활동 외 영역의 전문가들이 간접 트라우마에 관하여 작성한 자료를 참고하여 논의하는 것도 하나의 방법이다. 또한, 한 사람에게 업무 과중이 이루어지지 않도록 균형 있게 업무를 배분하는 것도 중요하다. 관리자는 트라우마 사건을 경험한 의뢰인들이 한 명의 변호인에게 모두 집중되지 않도록 노력을 기울여야 한다. 또 다른 방법으로는 변호인들끼리 트라우마 경험을 가진 의뢰인에 대한 각자의 경험을 나눌 수 있는 안전한 공간을 만드는 것이다. 변호인이 의뢰인의 트라우마 경험으로부터 영향을 받는지 유무, 받는다면 어떠한 영향을 받는지, 그것이 간접 트라우마 증상으로 이어지는지 생각해보아야 한다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.33).

본 연구에 참여한 전문가 역시 비슷한 의견을 밝혀주었다. 특정 사건이 전문가를 힘들게 하는 경우, ‘즉각에서 주변 동료들에게 그 때의 감정과 느낌을 나누는 것’과 ‘동료들이 무슨 일이냐고 물어봐줄 때 괜찮다고 하지 않고, 있는 그대로 털어놓을 때’ 후련해지고, 활동의 지속성이 유지된다고 이야기했다. 또한, ‘특정 피해자가 힘들게 하는 경우, 다른 활동가가 대신 사례 지원을 나가거나 담당 활동가를 바꾸기도 한다’고 하며 간접 트라우마로부터 보호하는 방법을 공유해주었다. 본 연구에 참가한 다른 전문가도 간접 트라우마 증상이 발생한 후 ‘주변 변호사들에게 상황을 설명하고 도움을 구하였고, 동료변호사들이 공감을 해주어 불안한 마음을 조금이나마 추스를 수 있었다’고 하며, ‘현재 할 일을 정리하고, 사건 관리로 하루에 1시간, 2시간 정도 시간을 쏟고 있다’고 이야기하였다.

또한, Katz와 Haldar는 “변호인은 간접 트라우마를 방지할 수 있도록 자기돌봄을 해야 한다. 좋은 자기돌봄의 모델로서 의뢰인과의 관계에서 경계를 적절히 설정하고, 개인의 신체적, 심리적 건강을 위해 규칙적으로 운동하거나 필요하면 정신과 상담을 받을 수 있다는 것을 투명하고 확실하게 인지해야 한다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.34).

본 연구 인터뷰에 참가한 전문가 역시 간접 트라우마 증상이 발생한 이후 ‘정신과 치료와 운동을 병행하며 회복하고 있다’라고 하였다. 한편, 본 연구에 참가한 다른 전문가는 ‘심리 상담 자체가 추가적인 에너지와 시간을 쓰는 것이기에 활용할 생각을 하지 못했다’는 의견을 밝히기도 하였다. 이처럼 트라우마를 가진 사람을 지원하는 변호인들에게 간접 트라우마에 대해 인식할 수 있도록 증상을 알리고, 그로부터 스스로를 보호할 수 있도록 다양한 회복 방법에 관한 안내가 필요하다. 또한, 함께 일하는 동료와 업무를 분담하고 논의하는 과정은 간접 트라우마에 대응하는 핵심적인 방법이며, 동료가 없는 경우에는 같은 직종에서 업무를 수행하는 사람들과 안전한 모임을 형성하여 사건에 관한 이야기를 나누는 방법도 있다. 그러나 이 때 의뢰인의 비밀이 밖으로 새어나가지 않도록 주의할 필요가 있다.

본 연구에 참가한 전문가들은 언급하지 않았지만 Katz와 Haldar는 트라우마를 가진 의뢰인을 지원할 때 변호사는 다음과 같은 부분도 유의해야 한다고 말한다. “변호인 스스로가 트라우마적 경험이 있는지 스스로 알고 있는 것도 중요하다. 트라우마 경험이 있는 변호인이 그와 비슷한 트라우마가 있는 의뢰인의 변호를 한다면 변호인의 트라우마를 촉발하는 계기가 될 수 있다. 따라서 본인의 트라우마를 알고 이를 되돌아보는 것도 중요하다”(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.34~35).

## IV. 가해자 트라우마 인지 변호

### 1 일반론

오코너 대법관의 California v. Brown 사건의 소수의견은 “피고인의 배경과 성격에 대한 증거는 유의미하다. 범죄를 저지른 원인이 불리한 배경, 감정적 및 정신적 문제에 있다면, 그러한 원인이 없는 피고인에 비해 과실이 적게 인정될 수 있다.”고 하였다. 위와 같은 의견은 가난, 방임, 폭력에 노출된 자가 사형이나 가석방 없는 청소년 종신형 선고를 받는 경우가 많다는 대법원의 결정을 이끌어왔다.

미국에서는 피고인이 사형 또는 가석방 없는 청소년 종신형 선고를 받는 경우, 피고인의 변호인은 피고인이 심각한 역경을 겪었기에 사형 등에 처해져서는 안 된다고 법원을 설득해왔고 법원은 변호인이 헌법적으로 피고인의 어려운 환경에 대해서 조사할 의무가 있다는 입장을 견지하고 있다. 왜냐하면 가난, 방임, 폭력 노출 등의 심각한 박탈 경험은 피고인의 도덕적 능력과 법을 지키는 능력을 손상시키기 때문이다(Gohara, M. S., 2018, p.1).

대한민국의 경우 법관이 형을 정함에 참고할 기준인 양형기준을 양형위원회에서 개별범죄별로 만들고 있는데, 현재 살인, 뇌물, 성범죄 등 41개 주요 범죄의 양형기준을 시행중이며 나머지 범죄에 관한 추가 양형기준 설정 및 기존 양형기준의 수정 보완 작업을 지속적으로 진행하고 있는바, 특정한 범죄의 경우 피고인의 가난, 방임, 폭력 노출 등의 경험을 반영할 필요가 있다.

## 2 청소년

### 가. 성인과 청소년의 차이

미국 대법원은 청소년 범죄자를 성인과 구별하고 있는데 청소년은 성인에 비해 덜 성숙하여 행동하기 전에 자신의 행동의 결과를 생각하지 못하고 충동적으로 행동하는 특성이 있고 스트레스 등 주변의 압력에 민감하여 위협에 과민하게 반응할 수 있으나 청소년은 변화하고 성장할 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 본다. 또한 심리학과 뇌과학의 발달은 청소년과 성인의 정신은 근본적인 차이가 있다는 것을 보여주는데, 청소년기 후반까지 행동조절과 관련된 뇌의 일부는 계속해서 성장하기에 청소년은 성인보다 변화할 가능성이 더 높고 회복불가능한 파탄난 성격을 가질 가능성이 적다고 한다(Graham v. Florida, 2010, p.18).

위와 같은 관점에서 UN 아동권리협약을 1991년 비준한 대한민국은 형법의 특별법인 소년법을 제정하여 19세 미만의 청소년의 경우 검사가 선도조건부 기소유예를 할 수 있고 소년보호재판을 받을 수 있다.

### 나. 청소년 사법을 경험한 청소년의 특징

트라우마는 충동, 위험 감수, 낮은 자제력을 초래하는데, 트라우마를 입은 청소년은 트라우마 유발 요인에 반응하고 위협을 느낄 때 행동을 한다. 하지만 종종 트라우마에 대한 행동 반응은 사법제도에서 말하는 청소년의 불량행동과 유사하여 외상 후 증상으로 판별되지 않기도 한다.

일반적인 청소년에 비해서 사법 제도를 경험한 청소년이 어린 시절에 만성 트라우마를 경험한 경우가 3배 더 많았다. National Child Traumatic Stress Network(NCTSN, 2008)는 청소년 사법 제도안에 있는 청소년의 75% 이상이 트라우마를 경험하였고 50% 이상이 트라우마 증상을 겪었다는 사실을 발견했다(Gene Griffin, Edward J. Germain, 2012, p.273).

### 다. 청소년 사법 시스템의 문제점

현재의 청소년 사법 시스템은 청소년이 겪은 트라우마를 정확하게 식별하지 못하고 트라우마의 영향을 청소년의 과실에 반영하지 못하고 트라우마에 대한 적절한 개입을 하지 못해 일반적인 프로그램에 따라서 치료하거나 과하게 구금을 활용하고 있다. 통계에 따르면 가장 취약한 청소년이

수감될 가능성이 가장 큰데 특히 청소년은 심각하지 않은 범죄로도 수감된다.

### 1) 청소년 트라우마를 조기 식별을 하지 못함

청소년의 어린 시절의 외상을 조기에 발견하고 즉각적으로 외상에 특화된 치료를 하는 것은 범죄를 저지른 청소년의 효과적인 재사회화에 중요하다. 또한 청소년의 외상은 청소년을 적절하게 개별적으로 처우하는데 필요할 뿐 아니라 청소년이 진정한 법적 책임을 이해하고 책임을 지기 위한 중요한 전제조건이기도 하다.

청소년의 경우 트라우마를 정확하게 식별하고 가능한 한 빨리 치료하지 않으면 뇌 발달 문제, 약물 남용 문제, 관계 문제, 조기 사망을 유발할 수 있다(Graham v. Florida, 2010, p.27).

### 2) 트라우마가 있는 청소년에 대한 무죄를 선고하지 않고 형을 감경하고 있지 않음

인간의 발달적 관점에서 볼 때, 청소년은 성인보다 덜 처벌될 수밖에 없다. 청소년이 신체적, 성적, 정서적 학대, 방치, 유기, 폭력에 노출된 경우 덜 처벌되어야 한다.

하지만 청소년 사법 시스템은 위에서 살펴본 바와 같이 트라우마를 식별하지 못하거나 과소하게 평가하여 청소년의 변호인은 청소년의 어린 시절 트라우마에 대해서 안다고 하더라도 그 정보가 청소년을 더 가혹하게 처벌하게 할 수 있는 실제적 위험성이 있어서 그 정보를 법원에 제공하는 것을 꺼려하고 있다(Graham v. Florida, 2010, p.29).

### 3) 트라우마에 특화된 치료법을 사용하지 않음

특정 치료법을 사용하지 못하는 것은 트라우마를 식별해내지 못하는데서 기인하기도 한다. 외상이 확인이 되지 않는 경우에 적절한 치료는 어렵기 때문이다.

트라우마 중심 인지 행동치료(이하 ‘인지행동치료’)는 행동 장애, 불안, 우울증과 같은 트라우마 관련 증상을 해결하는데, 이는 트라우마에 대한 심리교육, 트라우마가 개인에게 영향을 미치는 방식, 감정의 이완, 표현 및 조절, 트라우마의 원인과 책임을 수정하기 위한 사건의 인지적 대처 및 재구성, 사건에 대한 노출, 외상 이야기의 완성 등으로 트라우마 사건에 대해서 청소년이 부정적인 정서적 및 행동적 반응을 줄이고 트라우마에 대한 오인과 부적응적 신념을 수정하도록 설계되어 있다.

인지행동치료는 3~18세 환자의 외상 치료에 매우 효과적인 것으로 입증되었다(Graham v. Florida, 2010, p.30).

#### 4) 청소년을 위한 안전한 상황 설정의 실패 및 구금의 남용

청소년 사법제도는 청소년을 충격에 빠뜨리는 방식으로 처벌한다. 이는 처벌을 하면 범죄를 억제할 수 있다는 잘못된 개념을 전제로 하여 청소년이 체포 시 불쾌한 감정과 법정에 출두하여 강압적이고 수치스러운 감정 및 구금된 긴장감을 경험하면 범죄를 하지 않을 것이라고 본다. 하지만 청소년의 경우 부정적인 미래의 결과를 인식하지 못하고 비용과 혜택을 제대로 평가하지 못하기에 위와 같은 억제는 효과적인 전략이 되지 못한다(Graham v. Florida, 2010, p.31).

#### 5) 구금은 청소년 범죄자에게 부적절

청소년의 경우 정신과 신체 등이 발달하고 형성되는 기간 동안에 상당 기간을 수용되면 사회에서 적응할 수 있는 준비가 되어 있지 않은 상태에서 사회에 편입되게 된다. 또한 구금은 외상을 악화시키고 추가적인 외상에 노출시킬 수 있기에 구금은 청소년 범죄자에게 발달상 적절한 형이 아니다. 박탈과 자극의 부족은 청소년의 발달을 방해하고 구금된 경우 재범의 위험성이 증가하게 된다(Graham v. Florida, 2010, p.32).

#### 6) 외상을 전제로 하지 않은 청소년 구금의 문제점

청소년 시설의 물리적 환경은 엄격하고 차갑다. 청소년 구금시설은 교육과 정신 건강을 위한 자원에 접근하기 어렵고 최악의 경우에는 학대, 성폭행 및 독방구금을 경험하게 된다(Graham v. Florida, 2010, p.33).

### 라. 실패한 청소년 사법 시스템을 경험한 청소년

청소년 사법 시스템이 청소년의 실제 트라우마를 식별하지 못하고 청소년의 과실에 대한 정확한 시각을 갖지 못하고 적절한 처우를 제공하지 않고 처벌만 하는 경우 청소년은 사법 시스템이 불공정하다고 느낀다.

사회는 범죄자가 겪는 근본적인 트라우마에 대응할 책임이 있고 정부는 모든 아동을 돌보고 양육할 책임이 있다. 발달적이고 트라우마에 입각한 접근 방식으로 청소년 범죄자를 대하는 방식은

폭력적인 범죄를 예방하고 청소년을 재활시킬 수 있는 핵심이다.

법원이 아동을 위험으로부터 보호하는 조치가 부족하고 외상에 대한 치료가 부족하여 청소년의 눈에 사법 제도가 불법하게 보이는 경우, 보호가 아닌 처벌로 대응하는 경우 청소년은 법과 성인을 무시할 수 있다(Graham v. Florida, 2010, p.36).

#### 마. 트라우마에 입각한 청소년 사법 시스템

트라우마에 입각한 접근 방식의 이점은 청소년의 재활을 촉진하고 장기적으로 지역 사회의 안전을 도모하고 구금된 아동의 수를 현저히 감소시킬 수 있다는 것이다.

청소년 사법 시스템은 트라우마를 가진 청소년을 식별할 수 있는 이상적인 곳으로 청소년 범죄자를 우리 사회의 가장 취약하고 소외된 개인이자 고통 받는 사람으로 간주하여 도움을 주어야 한다. 청소년이 사법 시스템에 들어가지 전의 청소년의 외상의 경험에 대하여 트라우마로 추정하는 입법 조치가 필요하다. 입법을 통하여 트라우마가 가증인자로 사용되지 않고 경감인자로만 사용된다는 것을 확실히 하여야 한다.

청소년 사법 제도는 외상을 앓고 있는 청소년을 식별하는 책임을 지고 청소년의 트라우마를 조기에 발견하여 효과적이고 개별화된 치료를 하여야 한다.

청소년의 경우 청소년이 신체적 학대를 당하면 사회의 도덕적 가치를 내면화하지 못한다. 검사는 트라우마의 근본 원인을 찾고 트라우마에 대한 정보를 요청하고 소년 법원에 회부하지 않는 기준을 가져야 한다. 청소년이 소년 법원에 회부되지 않는 경우 법원의 개입 없이 청소년은 정신 건강 부서에서 제공하는 서비스를 받게 된다. 미국의 경우 만일 소년 법원에 회부된 경우에는 검사는 아동이 처벌될 가능성을 줄여 법원의 개입은 최소한으로 하고 청소년의 기록이 영구적인 삭제될 수 있도록 하여야 한다. 한편 대한민국의 경우는 법원선의주의를 택하고 있어서 검사가 청소년 법원에 개입할 수 없다. 대신 다이버전을 통하여 사법적 개입을 최소화하는 것이 바람직하다(Graham v. Florida, 2010, p.38).

청소년은 위협을 느낄 때 행동하기에 청소년이 수감된 경우 다른 청소년, 교직원의 학대 등으로부터 안전하다고 느끼도록 하면 청소년의 위험 행동을 줄일 수 있어 시설을 더 안전하게 만들 수 있다. 직원은 청소년에게 예측가능성을 높여 청소년이 안전하다고 느끼도록 해야 하는데, 일정을

정하고 이를 지키고 일정을 변경해야 하는 경우 변경사항을 알려야 한다. 또한 규칙은 명확하고 일관성이 있어야 하고 모든 청소년이 이해할 수 있도록 쉽고 간단해야 한다. 청소년이 직원을 관찰하고 있을 뿐 아니라 사실상 역할 모델이라는 것을 인식하여 직원은 청소년과의 상호작용에서 일관성을 유지해야 한다. 직원은 폭력적이거나 청소년을 얹잡아 보아서는 안되고 청소년의 적절한 행동과 변화에 대해서 칭찬하고 보상을 해야 한다<sup>1)</sup>(Gene Griffin, Edward J. Germain, 2012, p.279).

경찰, 검찰, 교정, 보호관찰 등은 더욱 긴밀하게 연계되어서 서비스를 조정하고 청소년에게 서비스를 제공하여야 한다. 트라우마에 시달리는 청소년의 경우 수치심, 문화적 금기, 가족을 보호하려는 본능으로 인해서 트라우마를 이야기 하는 것을 꺼리고 있고 또한 가족을 찢어 놓는 아동복지나 경찰을 두려워한다. 이러한 장벽을 넘어서 청소년의 트라우마를 식별하기 위한 노력을 해야 한다.

#### 바. 소결

청소년 법원의 많은 청소년 범죄자들이 트라우마를 겪고 있다. 아동학대, 방치, 유기, 성적학대, 가정폭력, 지역사회폭력, 범죄 피해자, 빈곤 등의 요인으로 트라우마가 발생하는데 이를 방치하면 트라우마의 영향으로 개인의 대처능력과 감정 조절의 능력이 결여되어 주변환경을 잘못 인식하여 격렬하게 반응할 수 있다. 치료를 받지 않은 트라우마 피해자는 자신의 과잉 경계를 인식하지 못하고 사건을 오해하고 위협을 과대평가하여 잘못 대응할 수 있다.

따라서 청소년 사법 시스템에서 트라우마를 가진 청소년을 식별하고 이를 고려하여 건설적으로 해결해야 한다. 청소년 사법 시스템은 트라우마를 효과적으로 치료하도록 절차와 처우를 설계하여 청소년 범죄자를 재활시키고 지역 사회 안전을 증진하는 기능을 하여야 한다. 또한 트라우마를 기반으로 한 사법 시스템은 구금을 없애는 노력을 하여 청소년을 구금하여 무력화시켜 향후 범죄에 더 취약한 사람으로 만들지 않아야 한다.

1) Gene Griffin, Edward J. Germain, and Raymond G. Wilkerson(*Journal of Child & Adolescent Trauma*, 5:271-283, 2012) ; Using a Trauma-Informed Approach in Juvenile Justice Institutions

## V. 피해자 트라우마 인지 변호

### 1 서론

#### 가. 피해자 트라우마 인지 기반 변호의 필요성

##### 1) ‘피해자 변호사’ 제도로 본 피해자에 대한 법적 조력의 필요성

한국 법제에서 피해자에 대한 변호사의 법적 조력은 아동 성범죄 피해자에게 인정되던 피해자 변호인 제도에서 시작되어 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’을 통해 모든 성범죄 피해자에게 확대 적용되고 있다. ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제27조는 ‘성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다’고 규정하고 있다.

이렇게 선임된 피해자 변호사는 피의자에 대한 구속 전 피의자심문, 증거보전절차, 공판준비기일 및 공판절차에 출석하여 의견을 진술할 수 있으며, 경찰이나 검찰의 피해자 등에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있다. 이는 성폭력피해자가 수사 과정에서 입을 수 있는 2차 피해의 발생을 방지하고, 수사 및 재판 과정에서 피해의 진술, 증거의 제출 등 법률적으로 필요하지만 법률전문가가 아닌 당사자가 스스로 알아서 수행하기 어려운 일들의 조력을 받을 수 있도록 하기 위함이다.

이러한 ‘피해자 변호사’의 역할은 피해자의 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 이루어져야 할 것이다. 피해자의 트라우마로 인한 반응을 고려한 절차 진행, 진술의 조력은 원활한 절차 진행, 피해자의 피해 사실을 절차에서 온전히 현출하도록 하는 목표의 달성뿐만 아니라 피해자의 2차 트라우마 방지를 위해서도 필수적이다. 또한 이는 ‘피해자 변호사’ 선임 특례 조항이 적용되는 성폭력범죄, 아동학대범죄뿐만 아니라 가정폭력, 인신매매 등 피해자 변호사의 조력이 필요한 분야에

전반적으로 적용되어야 한다.

## 2) 난민신청자 대리 시 트라우마 인지적 접근 필요성

트라우마는 개인에게 발생한 어떠한 사건뿐만 아니라, 지속적, 구조적 폭력이나 사회적·집단적 또는 역사적 트라우마의 형태로도 발생할 수 있다. 노예, 식민지 및 박해 혹은 파벌 및 종교 집단 에 의한 인종말살 등이 그러한 사례이다(캐롤린 요더, 2014, pp.33~37).

트라우마는 형법상 범죄피해자에 대한 형사절차 뿐만 아니라 난민, 이주민 등의 지위확인, 체류 자격과 관련한 행정 사법 절차에서도 명확하게 인지되어야 한다. 국적국에서 인종, 종교, 정치적 견해 등의 이유로 박해를 받을 공포로 인하여 난민이 된 사람들의 난민 지위 인정 심사의 지원 과정에서 이러한 트라우마는 중요하게 다루어져야 하며, 관련자 - 변호사, 통역인, 난민심사관 등 - 역시 트라우마에 대한 인식을 가지고 절차에 임하여야 한다. 그렇지 않은 경우, 가령 트라우마 증상으로 인하여 기억력에 손상이 온 난민 지위 인정 신청자에 대하여, 중요한 증언 내지 진술을 심사 인터뷰시 즉각 이행할 것을 요구하고 이에 응하지 않는 경우 기각 결정을 내리는 등 불이익한 결론에 다다를 위험이 있다.

### 나. 의뢰인과 변호사 간 의사소통: 신뢰 구축, 긍정적 관계 형성

트라우마 증상을 겪는 피해자를 대리하는 경우, 트라우마에 대한 이해가 선행되어야 한다. Laurie Cook Heffron 등에 따르면, ‘트라우마의 광범위한 영향력을 인식하고, 트라우마의 회복이 가능하며 그 방법이 무엇인지 이해’하여야 한다(Laurie Cook, Heffron, 2019). 피해자 변호사는 의뢰인과의 인터뷰, 사건 진행을 위한 설명과 사건과 관련된 의사결정에서의 조언 등을 하여야 하며 그 과정에서 의뢰인과의 관계를 형성한다. 피해자 변호사는 트라우마의 신호, 증상을 알아차릴 필요가 있다. 또한 트라우마에 대한 통합적 지식을 가지고 정책의 설계, 절차 및 실무에 대응하여야 한다. 이를 통해 피해자 의뢰인과 변호사 간 신뢰를 구축하고, 긍정적 관계를 형성함으로써 효율적인 변론뿐만 아니라 피해자의 2차 피해 발생 등을 방지할 수 있다. 이러한 관계 형성은 전통적인 변호사의 역할에서 더 나아가 보다 강력한 연결이 될 수 있다. 이러한 관계는 의뢰인의 삶과 피해자 변호사와의 관계가 지닌 중요성에 비추어 보았을 때 그 자체로 가치를 지닌다(Talia Kraemer&Eliza Patten, 2014, p.199).

## 다. 변호사의 간접 트라우마 방지

가정폭력이나 성폭력과 같이 대인간 폭력으로 트라우마를 경험한 내담자를 상담한 상담자들에 대한 대리외상 연구는 미국에서 1990년대부터 시작되었다. 국내에서는 가정폭력 상담자들의 소진에 대한 논의를 시작으로 하여 주로 가정폭력·성폭력·성매매·아동학대 등 대인간 폭력피해 상담자 대상 연구가 주류를 이루고 있다(이미혜&성승연, 2014, p.111).

대리외상은 상담자들이 지속적으로 내담자의 외상경험에 노출되고 반복적인 간접경험을 하면서 영향을 받아 활기를 잃는 등의 신체적 변화와 함께 걱정, 정서적 피로감, 좌절감으로 인해 정서적 안정감과 자신과 타인, 세상에 대한 신념에 부정적 변화를 겪음으로서 결과적으로 내담자들의 외상 경험을 대신 경험하게 되는 상태를 이른다(이미혜&성승연, 2014, p.110).

피해자 변호사 역시 상담자들과 마찬가지로 의뢰인의 외상경험에 지속적으로 노출되며, 피해 경험을 법정에 현출시키거나 진술을 효과적으로 할 수 있도록 조력하는 과정에서 소진, 감정의 전염, 피로감 등을 경험할 수 있다. 대리외상은 ‘외상상담을 하는 상담자들에게 자연스럽게 찾아오는 것이며 피해자들이 보이는 외상 후 스트레스 장애 증상이 비정상적 사건에 대한 정상적 반응인 것처럼 대리외상도 외상상담자에게 나타나는 정상적 반응’으로 인식될 수 있다(이미혜, 성승연, 2014, p.110). 그렇지만 대리외상의 증상에 대한 인식 및 이에 대한 지지체계를 구축하는 방식으로 적극적으로 대응할 필요가 있다.

## 2 가정폭력

### 가. 가정폭력의 정의

‘가정폭력’의 법적 정의는 ‘가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위’이다(가정폭력처벌법 제2조 제1호). ‘신체적, 정신적 또는 재산상 피해’의 구체적 내용에 관하여 여성가족부에서 3년마다 정기적으로 실시하는 ‘가정폭력 실태조사’는 ‘신체적 폭력, 성적 폭력, 경제적 폭력, 정서적 폭력 및 통제’로 가정폭력의 유형을 나누고, 각각의 유형에 속하는 구체적인 행동의 예시를 제시하고 있다(한국여성정책연구원, ‘2019년 가정폭력 실태조사 연구’, pp.20~21). 가령 신체적 폭력의 경우 상대방을 다치게 할 수 있는 물건을 던지는 행동, 성적 폭력의 경우 상대방이 원하지 않는 신체적 접촉을 하는 행동 등이다.

## 나. 가정폭력으로 인한 트라우마

가정폭력 피해자는 외상 후 스트레스 장애뿐 아니라 우울, 불안, 분노, 무기력 및 낮은 자존감 등 정신적으로 심한 고통을 당하고 있는 것으로 보고되고 있으며, 가정폭력 피해자의 외상 후 스트레스 장애 유병률은 31%에서 84.4%로 보고되고 있다. 이는 다른 외상에 의한 PTSD의 유병률과 비교하여 볼 때 상당히 높은 수준이다(서주희 외 5인, 2015, p.80).

탈북여성이 경험한 가정폭력과 이로 인한 트라우마에 관한 김경숙의 2018년 연구에서, 연구 참여자들은 아동기 학대적인 가족환경에서 부부폭력, 부모-자녀 간 폭력을 직간접적으로 경험하고, 자기에 대한 무가치감, 학대적인 환경에 적응하였다. 결혼생활세계에서 아내로서 경제적·심리적·법적 종속, 성적 자기결정권 박탈을 경험하는 한편 어머니로서 자녀 학대의 가해자로 폭력을 행사하기도 하였다. 이러한 트라우마로 인하여 무가치감, 즉 자신에 대하여 사람이 아니라고 말하거나, 정서 자각/정서 조절의 어려움, 과각성, 침습적 사고, 회피, 정신 신체화 증상, 대인관계에서의 고통, 수치심, 죄책감, 분노, 약물남용, 성남용, 자살충동, 세상/신/타인에 대한 부정적 표상과 같은 증상을 겪는다(김경숙, 2018, pp.65~74).

본 연구에서 수행한 트라우마 피해자에 대한 인터뷰에서 친부의 알코올 중독으로 인한 무차별 폭행을 겪은 가정폭력 피해자는 그 결과 ‘남자에 대해 두려움이 컸고, 자존감이 낮아져서 타인이 그냥 손만 올려도 겁을 먹는 지경에 이르렀다. 우울증 치료를 받기 위해 정신의학과를 다니며 치료를 받은 적이 있으며, 불안해지면 자해를 하였다’고 답하였다. 해당 피해자는 일상 생활에서 ‘원래 친절하거나 친한 친구의 태도나 눈빛이 냉랭하거나 달라지는 것이 느껴졌을 때, 불안한 수준에 이르면 숨을 못 쉬고, 모든 사람이 그 사람으로 보여 미친 듯이 벌게 된다. 그런 반응에 대하여 안아주고 괜찮다고 안정을 찾아주면 좋아진다’고 하여, 자신이 겪은 트라우마적 상황에 대한 트리거(trigger)를 맞았을 때 심한 불안감을 느끼게 됨을 토로하였다.

## 다. 가정폭력 피해자 변호

미국의 The National Center on Domestic Violence, Trauma and Mental Health 는 개인의 트라우마 발현 방식이 모두 제각각(personal)이라고 말한다. 동일한 사건에 노출된 경우에도 개인의 과거 경험, 성격, 이후의 대응 등에 따라 트라우마 증상의 유무나 정도, 형태가 달라진다. 위 센터에서 2011년 발간한 ‘Representing Domestic Violence Survivors Who Are Experiencing

Trauma and Other Mental Health Challenges: A Handbook for Attorneys'에서는 변호사들이 가정폭력 피해자들을 인터뷰할 때 트라우마 및 정신건강적 문제의 신호가 없는지 유심히 관찰하도록 권한다.

증상의 구체적 내용은 다음과 같다;

- 의뢰인이 자신의 경험을 선형적으로 말하지 않음. 갑자기 화를 낼 수도 있고, 진술이 일관성이 없게 보일 수 있음
- 의뢰인의 경험상 매우 감정적으로 보일 수 있는 부분이 표정이나 바디 랭귀지, 그리고 목소리 톤과 같은 면에서 거의 감정 없이 표현될 때. 인지적(intellectually)으로 존재하나 감정적으로 고립되어 있을 수 있음
- 인터뷰 동안 깊고 멍한 시선이나 멍한 표정을 지을 때; 이것은 의뢰인이 관계가 단절되어 있다는 신호일 수 있음
- 의뢰인이 학대의 주요한 상세 내용을 기억할 수 없을 때(Mary Malefyt Seighman 외 2인, 2011, p.5)

가정폭력 피해자가 수사기관에서 조사를 받을 때, 수사기관의 언행으로 트라우마가 촉발되거나, 2차 트라우마가 발생하지 않도록 조사시 유의하여야 한다. 본 연구의 피해자 인터뷰에서, 가정폭력을 신고하여 경찰서에 가 조사를 받은 한 피해자는 경찰이 귀가조치를 내리고 야간 순찰을 나간 사이 파출소 앞에서 20분 가량 가해자로부터 구타를 당하였고, 이후 CCTV 확인을 요청하여도 자신들의 관할이 아니라고 거절당한 경험이 있다고 답변하였다. 뿐만 아니라 성인 남성이 자신을 조사하는 과정에서 폭행 당시의 상황이 떠올라 5~10초 정도 머리가 새하얘지고, 말을 피하게 되었다고 기억했다.

가정폭력 피해자를 대리하여 형사사건, 가정보호사건 또는 이혼 등 가사사건을 수행하는 변호사는 이러한 가정폭력 피해자의 트라우마 증상에 대해 이해하고, 인터뷰 과정에서 이를 감안한 대응 전략을 구사하여야 한다. 충분한 인터뷰를 통해 증인 신문, 당사자 신문 등에 대비하고, 가정폭력 피해로 인하여 발생하는 트라우마 피해와 예상되는 후유증 등에 대해 재판부에 충실히 전달하여야 한다. 또한 '집'이라는 안식처가 되는 공간이 가해자로 인해 안전을 위협받을 수 있는 상황에서 벗어나는 것이 가장 먼저 준비되어야 하므로, 쉼터 등 집을 탈출하여 지낼 수 있는 곳을 소개한다거나, 거주지의 변경 후 주민등록 열람 제한 등을 신청하여 안전성을 확보하는 조치를 취하는 데 적극적이어야 한다.

### 3 성폭력

#### 가. 성폭력의 정의

‘성폭력’의 범위에 관하여는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’에서 규정한 성폭력범죄의 정의를 참고할 수 있다. ‘2019 성폭력 안전실태조사’에서는 범죄행위로 규율되어 처벌되지 아니하는 성희롱 등의 성폭력을 포함하여 다음과 같이 성폭력 피해를 유형화하였다; ‘강간, 강간미수, 성추행(폭행/협박 수반), 성추행(폭행/협박 미수반), 음란메시지 수신, 불법촬영, 불법촬영물 유포, 성기노출, 성희롱(한국여성정책연구원 ‘2019년 성폭력 안전실태조사 연구, p.127)’

#### 나. 성폭력 피해자의 정신적 고통

여성가족부의 ‘2019년 성폭력 안전실태조사’에 따르면, 평생 동안 한번이라도 성폭력 피해를 경험한 경우 정신적 고통을 경험한 적이 있는지에 관하여 전체 응답자 중 19.7%(여성 24.4%, 남성 7.1%)가 정신적 고통을 경험한 적이 있다고 응답하였다. 그러나 정신적 고통으로 인해 전문적인 도움을 받은 적이 있는지에 대해서는 여성 중 3.4%, 남성 중 6.5%만이 도움을 받았다고 응답하였다(2019년 성폭력 안전실태조사 연구, p.175). 성폭력 피해자와 같은, 자연재해 등이 아닌 사람으로 인한 외상 경험자는 그렇지 않은 외상 경험자에 비해 외상 경험과 기억에 대해 회피적인 양상을 보이는 이유로 인해 정신적 고통이 없다고 보고하는 경향이 있다(김요완, 2020, p.2). 그러나 성폭력 피해가 신체적, 심리적, 정서적, 영적인 피해를 준다는 것은 공지의 사실이다(김요완, 2020, p.2).

성폭력 피해자에 대해 국선변호사로 4년간 일한 변호사를 인터뷰한 결과, 성폭력, 성희롱 피해자들은 트라우마를 가지고 있는 경우가 대다수였고, PTSD 진단을 받은 경우도 더러 있었다. 피해자가 사건에 대한 생각을 놓지 못하고 불안해하는 모습을 보이거나, 반복적으로 가해자에 대한 생각이 떠올라 일상생활을 하지 못하고 다소 파괴적인 행동을 반복하기도 한다. 계속하여 사건의 과거 서면을 반복적으로 읽거나, 고민하지 않아도 되는 부분을 계속 고민하거나, 새로 제출할 증거가 뭐가 있을지 과도하게 생각하기도 한다. 상대방이 낸 서면을 송달받거나 의견서를 내는 행위에 크게 영향을 받고, 심한 경우 증세가 악화되어 정신분열 증세를 보이기도 하고, 자기 주변에 일어나는 모든 일을 의심하거나 조력자를 공격하는 모습을 보이기도 한다.

## 다. 성폭력 피해자의 변호

### 1) 개괄

법무부 발간 ‘피해자 국선변호사 업무 매뉴얼’은 성폭력처벌법상 피해자 국선변호사 등에 대하여 피해자 지원 방안에 대해 안내하고 있다. 국선변호사가 피해자를 지원할 때에는 피해자 등에 대해 충분한 설명과 의사결정에 대한 사전 동의를 구할 것, 피해자에 대해 형사절차 전반에 대해 설명하고 상담 요청시 짧은 시간이라도 상담에 응할 것, 피해자가 수사 및 공판절차에서 소외감을 느끼지 않도록 피해자가 출석하는 형사절차에 적극적으로 참여할 것 등을 주요 내용으로 한다(법무부, 피해자 국선변호사 업무 매뉴얼, pp.17~18).

성폭력 피해자의 외상 경험은 전쟁을 경험한 PTSD 환자에서 보여지는 특징과 유사한 양상을 보이며, 이는 교통사고를 비롯한 일반적인 외상경험과는 달리 불안을 다룰 수 있는 자아 방어 능력 전체를 혼란시킬 만큼의 강력한 외상임을 시사한다고 할 수 있다(김정현 외 4명, 2015, p.17). 이정현 외 3명의 2015년 연구에 따르면, 성폭력 피해자는 적극적으로 고통을 호소하거나 도움을 요청하기보다는 혼란스럽고 고립된 상태에 있거나, 의료진 또는 상담원에게도 예민하고 경계적인 태도를 취하여 치료에 소극적으로 보일 수 있으므로 초기 개입시 조심스러운 태도와 급성적 불안에 대한 적극적 개입이 필요하다고 제안하고 있다.

### 2) 성폭력 피해자 변호 시 고려 사항

#### ① 피해자-변호사 신뢰 관계의 형성

사건 초기 피해자와의 친밀감 형성을 위한 노력이 필요하다. 트라우마 증상과 그 원인에 대한 이해를 기반으로, 피해자의 행동이나 발화 과정에서 트라우마 증상을 보이는 경우 안정을 취할 수 있도록 조치하고, 안전한 공간과 사람이 함께하고 있음을 인지할 수 있도록 한다. 친밀감이 형성되지 않은 상황에서 바로 사건에 대해 질문하는 경우 오히려 원하는 답변을 얻지 못할 수 있으므로, 안부를 묻는 등 가벼운 화제로 대화를 시작하거나, 피해자의 이야기를 잘 듣고 호응하는 태도를 보여 신뢰 관계를 형성하는 것이 필요하다.

성폭력 피해자에 대한 국선변호사로 활동한 전문가의 경우, 트라우마 피해자와 함께 일하는 과정에서 겪었던 어려움으로 ‘피해자의 감정상태에 대한 충분한 공감 표현 없이 객관적인 조언을 하

는 때에는 신뢰관계가 깨어질 수 있다’, ‘감정적인 공감의 표현과 심리적으로 지지해주는 역할을 수행하지 않으면 자신의 변호사로부터 충분한 지지와 공감을 받지 못한다고 생각할 수 있다’고 답변하였다.

## ② 2차 피해의 방지

성폭력 피해자의 경우, 수사 기관의 조사 과정이나 공판 절차에서의 증인 신문 등 사법 절차 과정에서 2,3차 피해를 입을 우려가 높다. 이를 방지하기 위해서는 우선 피해자에게 형사 사법 절차의 전반을 이해하기 쉽게 설명하고, 추가적 피해를 막기 위하여 피해자가 사용할 수 있는 전략-예컨대 증인 신문시 비디오 등 중계장치에 의한 신문 신청을 한다거나, 증인지원관 신청을 하는 등-을 알려주고 이를 적극 활용하여야 한다. 피해자가 반복하여 피해 사실을 진술하지 않도록 외부 지원을 받을 때에는 피해자에게 양해를 구하고 피해 사실에 대해 담당자에게 전달한다.

## ③ 소송 전략에의 반영

성폭력 피해자가 형사 사법 절차에서 증인 진술을 하는 경우, 특히 트라우마 경험이 있는 피해자가 구체적 진술을 하는 것을 어려워 하거나, 시간 순서대로 진술하기, 핵심적인 사실에 대해 명확하게 진술하기 등을 수행하는 것을 어려워 할 수 있다. 피해자 변호사는 추가적 상담과 예상 질문에 대한 사전 연습을 통해 법정에서 피해 사실을 잘 전달할 수 있도록 도와야 한다.

트라우마 등 정신적 외상 피해의 심각성을 의견서 등을 통해 구체적으로 현출하여 가해자의 처벌에 반영될 수 있도록 하는 것 역시 사법 절차를 통해 피해자가 정의 구현의 경험을 통해 피해 경험을 회복하는 데 도움이 될 수 있다. 또한 금전적 배상이 정신적 손해를 모두 보상할 수 있는 것은 아니므로, 피해자가 원하는 경우 가해자의 사과와 재발 방지에 대한 약속을 요구하는 것 역시 형사 합의 과정을 통해 시도할 수 있다.

성폭력 피해자에 대하여 국선변호를 수행한 변호사는 트라우마 사건에 관하여 변론한 적이 있는지, 트라우마 피해자에게 나타나는 심리적 특징과 행동에 대한 변론을 수행한 적이 있는지에 대한 질문에, ‘피해자가 매맞는 아내 증후군으로 인하여 심신 미약 상태에서 가해자인 남편을 살해하였다고 변론한 적이 있고, 이 때 피해자에 대한 정신감정 및 범죄심리학 전문가를 감정증인으로 소환해 심신미약 주장을 하였으나 받아들여지지 않았’으며, ‘성폭력피해자의 PTSD 진단서를 제출하였으나 준강간치상으로 의율하지 않고 준강간으로 인정된 사안이 있었’다고 하여 트라우마 피해의 심각성을 재판 과정에서 현출하더라도 충분히 인정되지 않을 수 있으며, 이는 후에 살펴보는

바와 같이 트라우마가 피해자에게 미치는 영향력과 그 심각성에 대한 사법절차의 관련자들의 인식 부족에서 기인한다.

#### 4 폭력피해 이주/난민의 출입국 행정 및 난민인정심사

##### 가. 이주/난민 출입국 사건 및 난민인정절차에 관한 트라우마 인지 기반 변호의 필요성

유엔 국제이주기구(IOM)는 이주자(Migrant)의 정의를 다음과 같이 설명한다; (1)대상의 법적 지위, (2)이동의 자발성 여부, (3)이동의 원인; 또는 (4)해당 국가 내 체류기간에 관계 없이 국경을 넘는 중이거나, 국경을 이미 넘은 자, 또는 국내에서 거주지를 떠나 이동 중이거나 이동한 자. 본고에서는 특히 국경을 넘어 한국에 장기체류(3개월 이상)하는 외국 국적의 사람에 관하여 다룬다.

이주민은 ‘출입국관리법’에 따른 체류자격을 허가 받아야 대한민국 내에 적법하게 체류할 수 있다(출입국관리법 제17조). 그렇지 않은 경우 대한민국에서 강제 퇴거될 수 있다(동법 제26조 제1항 제8호). 체류자격은 체류의 목적에 따라 세분화되며, 영주자격을 제외한 장·단기의 체류자격은 그 기간의 상한이 정해져 있다. 체류자격의 심사는 출입국·외국인청의 재량 사항이며, 출입국관리에 관한 사항 중 국가가 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단하여 추방할 것인지 여부는 원칙적으로는 ‘정책 재량의 영역에 놓여 있는 분야(헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌마87 전원 재판부 결정)’이다. 다만, 출입국 관리 행정은 특정 범죄 등 폭력 피해자에 대하여 그 피해의 회복 및 인도적인 사유로 체류자격의 부여 및 연장을 허가하는 특칙 규정 및 제도를 가지고 있다.

한국인 배우자와 혼인을 목적으로 이주한 결혼이민자의 경우, 이혼 후에는 원칙적으로 체류가 계속되지 않고 출국하여야 하나, 혼인 파탄의 주된 귀책사유가 한국인 배우자에게 있는 경우 계속 체류가 가능하다. 특히 가정폭력을 이유로 권리구제 절차가 진행중인 외국인은 법률상 체류자격의 연장 허가를 신청할 수 있다(동법 제25조의2). 성폭력피해자의 경우에도, 성폭력범죄를 이유로 권리구제 절차가 진행중인 경우 체류자격의 부여 및 체류기간의 연장 허가를 신청할 수 있다(동법 제25조의3). 아동학대 피해자의 경우에는, 보호자(학대 행위자가 아닌 경우)와 함께 권리구제 절차가 종료할 때까지 체류기간의 연장을 허가할 수 있다(동법 제25조의4).

난민, 즉 ‘인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원인 신분 또는 정치적 견해를 이유로 박해를 받을 수 있다고 인정할 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 국적국의 보호를 받을 수 없거나 보호 받기를 원하지 아니하는 외국인 또는 그러한 공포로 인하여 대한민국에 입국하기 전에 거주한 국가로 돌아갈 수 없거나 돌아가기를 원하지 아니하는 무국적자인 외국인’(난민법 제2조 제1호)은 난민법에 따른 난민인정심사절차를 거쳐 난민지위의 인정을 받으면 대한민국 국민과 같은 수준의 사회보장을 받으며 체류를 허가 받을 수 있다.

위와 같은 범죄 피해자의 체류자격 부여·연장 신청 혹은 난민지위 인정 심사 절차는 그 심사 요건이 까다롭고 내부 업무처리지침으로 안보상의 이유 등으로 대외적으로 공개도 되어있지 않아, 이주민 당사자가 법률적 조력 없이 단독으로 수행하기 어렵다. 체류자격의 불허로 인하여 회복 가능한 피해 - 가령 신체적 손해에 대한 손해배상 청구- 의 구제절차를 이행하지 못하고 강제퇴거되는 경우 개인에 대하여 심각한 손해의 발생 및 구제가능성을 상실시킬 위험이 있기 때문에 특정한 경우 적극적인 조력 하에 신청 및 심사 절차를 수행할 필요성이 있다.

#### 나. 폭력피해 이주민의 체류자격 신청 시 트라우마 인지적 접근

Laurie Cook Heffron 외 3인은, 이주민의 출입국 관련 지원 사건에서 정신건강 전문가의 의견을 적극적으로 활용할 것을 조언한다(Laurie Cook Heffron, 2019, p.24). Laurie에 따르면, 트라우마 또는 다른 정신 건강적 이슈가 있는 의뢰인의 경우, 사건에 도움이 되는 문서화 작업이 필요하다. 인터뷰나 테스트를 통한 공식적 평가를 통해 가령 가정폭력으로 인한 난민신청 케이스의 트라우마에 관한 확인, 가족 간의 애착에 대한 확인을 통한 가족결합권의 인정, 성관련 범죄에 연루된 경우 사회에 위험성이 있는지 여부, 정신건강, 지적 능력(IQ), 전반적인 정신적/감정적 건강 상태 및 안정성 등을 입증하여 귀화 시험 또는 면접을 면제 받거나, 알콜중독 또는 마약중독과 관련하여 정신건강의 상태를 진단 받고 이에 관한 자료를 제출할 수 있다. 보호관찰, 치료적 결정을 법원에서 내릴 수 있도록 안전에 관한 계획, 지원 계획, 재통합 및 재할 계획을 수립하여 제출할 수도 있다.

이러한 공식적 평가는 행정소송 중인 경우에는 민사소송법상, 형사소송 중인 경우에는 형사소송법상 감정 절차를 통해 얻을 수 있을 것이다.

## 다. 난민인정심사 절차에서 트라우마 인지적 접근

### 1) 트라우마 피해 난민 법률 조력의 어려움

난민 신청자를 위한 법률 조력을 수행한 변호사에 대한 전문가 인터뷰 조사 결과, 난민신청자의 경우 ‘초기 인터뷰 과정에서 답변을 저어하거나 중요 질문에 대하여 “기억나지 않는다”라는 소극적 태도로 일관하는 경우가 상당수 있었고, 일부 신청인들의 경우 난민 인정 소송의 당사자 신문 절차에서도 유사한 커뮤니케이션 방식을 고수하였다’고 하여, 법적 절차의 초기 단계인 변호사와의 법률 상담에서부터 구체적인 진술에 어려움을 겪는 내담자가 다수 존재한다는 사실을 파악할 수 있었다. 법률 조력 과정에서 내담자의 그러한 태도는 진술의 신빙성에 의구심을 만들기도 하고, 당사자 신문과정에서 초기 인터뷰에서보다 더 소극적으로 답변하는 모습에 안타까움을 자아내기도 하였다.

### 2) 트라우마 현상으로 인한 진술의 부정확성

트라우마 기억의 정확성은 대체로 서류상의 증거가 불충분하기 때문에 난민 신청자의 신뢰도가 난민 인정 여부를 결정하는 데 주요 기준이 되는 난민 인정 심사 상황에서 특히 중요하다(Aida Alayarian, 2007, p.76).

트라우마에 대한 기억의 불일치는 난민 신청자에 대해 난민 인정 심사를 할 때 정확한 평가를 받는 데 큰 어려움으로 작용할 수 있다. 난민 인정 심사시 심사관은 대면 인터뷰를 통해 해당 트라우마 사건에 대해 진술을 할 때에는 그 사건이 개인에게 너무 중대한 것이었기 때문에 그에 대한 기억이 완전하고 정확해야 한다고 생각할 수 있다. 실제로 기억이 불완전하거나 일관성이 없으면 그 사건은 사실상 일어나지 않았다고 볼 여지가 많고, 진술이 정확한 경우에도 물질적, 객관적 증거를 요구하는 일이 심심치 않게 벌어진다.

그러나 트라우마 경험이 있는지 여부를 묻는 표준화된 질문에 응답한 난민의 기억에 대한 경험적인 연구조사는 흔히 불일치하는 것으로 나타났다(Aida Alayarian, 2007, p.77). UN 후원 프로그램 하에 영국에 오게 된 사람들에게 대한 연구조사 결과, 그들에게는 거짓을 말하거나 진실을 숨길 분명한 동기가 없었음에도, 응답자의 약 1/3 정도가 트라우마 사건에 대한 진술이 일치하지 않는 것으로 나타났다. 사람들은 그들의 인생에서 매우 중요한 사건에 대해서조차 일관성있게 설명하지 않았다. 모의 전쟁포로 캠프에서의 감금에 뒤따른 ‘격전지 탈출의 모의 실험’에 의하면, 20시

간 동안의 잠금, 48시간 동안의 수면과 음식 박탈, 고문 스트레스 등을 가한 후 풀려나고 24시간이 지난 후 고문자에 대한 인식 테스트를 받은 미군 피험자들 500명 중 66%만이 정확하게 고문자를 찾아내었다(Aida Alayarian, 2007, p.77).

트라우마로 인하여 해당 사건에 대해 기억하지 못하거나, 진술 자체를 할 수 없는 상태에 빠지는 경우, 잘못 기억하고 있는 경우 이를 보다 정확하게 진술하기 위해서는 트라우마 치료 개입을 통해 안정을 찾을 수 있도록 도울 필요가 있다. 트라우마 치료의 전제가 되는 조건은 대상자가 안전한 상황을 확보하고, 기본적 욕구를 해결할 수 있는 상태를 달성하는 것이다. 그러한 상황이 마련되기 전까지는 더 심층적인 치료를 하는 것이 어렵다.

### 3) 트라우마 인지 기반 난민 법률 조력

위 전문가 인터뷰에서, 변호사는 트라우마로 인하여 진술에 소극적으로 대처하는 의뢰인을 만났을 경우, ‘난민 신청자가 트라우마 사건에 대해 이야기를 나누는 것이 내담자 본인에게 큰 스트레스 상황’이라는 점을 이해하고, 그로 인하여 내담자가 진술의 중요 부분을 이야기하지 않는다는 거나, 사건을 놓치고 있다는 느낌을 받을 때에는, ‘질문을 추가로 더 하거나 추후 인터뷰 과정에서 더 이야기를 나눌 수 있기를 바라는’ 정도로 해당 회차의 상담을 마무리하기도 하였다.

2019~2020년 미국에서 트라우마 피해자에 대한 법률 조력 시 필요한 트레이닝을 이수한 후 난민 인정 소송을 준비하는 내담자들을 만나면서, 가령 가정폭력 피해 경험으로 인한 난민신청자와 같은 상황의 피해자들은 상황상 트라우마를 겪고 있을 것이라는 전제하에 상담을 준비하고 진행하였다. 피해자가 트라우마 사건에 관하여 다시 기억하고 진술하여야 하는 상황이므로, 인터뷰가 트라우마를 촉발하지 않도록 주의하면서 여러 상황에 대해 준비하고 피해자를 접하였다. 내담자를 압박하거나 질문을 재반복하기보다는, 전체적으로 대화를 통해 답변을 이끌어내되 언제라도 내담자가 원할 때 인터뷰를 재개할 수 있다는 점을 환기하고, 공감하면서 이야기의 그림을 그려가는 것이 내담자에게 도움이 되었고, 인터뷰 초기 안정제 주사 등으로 인해 상황이 잘 기억나지 않는다고 진술한 것과는 달리 인터뷰 과정에서 스스로 예상했던 것보다 더 많은 사항을 기억하고 있었다.

## 5 소결

트라우마 사건으로 인한 피해자가 해당 사건의 피해자로 법정에 서거나, 자신의 체류를 보장받기 위하여 당사자로서 진술하여야 하는 상황은 그 자체로 트라우마 피해자의 2차 트라우마를 유발할 염려가 있고, 진술 역시 트라우마 반응으로 인하여 신빙성 있는 것으로 여겨지지 않을 위험이 있다.

전문가 인터뷰에서 ‘트라우마 인지 변호활동을 교육하는 것이 수사, 기소, 재판 과정 등에서 필요하다고 여겨진 사례 및 그 판단 근거’에 관한 질문에 난민 사건을 수행한 변호사는 ‘트라우마 피해자들이 대부분 사건의 당사자나 피해자로 참여하게 되는 가정폭력, 난민인정 사건과 같은 경우 당사자/피해자들의 진술이 사법 절차에서 증거 또는 주요 정황으로 활용된다. 당사자나 피해자가 트라우마 피해자로서 보이는 특성들에 대한 몰이해는 법원 및 검찰의 수사, 기소, 재판에서의 주요 결정이나 구체적인 증거의 신빙성 판단에 있어 부정적으로 작용할 수 있다. 따라서 트라우마로 인한 특성을 효과적으로 변론할 필요가 있다’고 답변하였다. 다만 이를 단지 변론을 수행하는 변호사만의 몫이 아니라, 법원·검찰 및 전체적인 사법 시스템이 수용하는 방향으로 변화가 이루어질 때 실제 효과를 발휘할 수 있으리라고 제안하였다.

트라우마 피해자가 보이는 증상과 그 원인에 대해 이해하고, 어떻게 대처하는 것이 바람직한지에 대해 교육을 받고 그에 따른 실습을 하는 것은 피해자 변호사 및 피해자를 만나는 사법 체계의 관련자들에게 필요한 절차이다. 해당 사건으로 인해 극심한 충격을 받은 피해자에게 사회가 2차 가해를 가하지 않기 위해서라도 그러하다. 뿐만 아니라 진술에서의 모호성과 불일치성에 대하여 단순히 신빙성을 의심하고 쉽게 부정적으로 판단하는 태도를 피하고 피해자의 정신적 안정성, PTSD 등 트라우마 현상에 대한 인지를 기반으로 사건을 처리하여야 한다.

## VI. 트라우마 인지 변호 활동 체크리스트

### 1 일반 체크리스트

#### [상담 시]

- 회의 장소, 시간 등 상담자에게 편한 곳 물어보기
- 아이를 가진 고객의 경우 아이의 동석 여부 묻고, 배려하기
- 상담실 첫 방문 시, 음료수 선택지를 제시하고, 음료수 제안하기
- 상담실 문의 개폐에 관하여 의견 물을 것
- 기밀로 유지된다는 사실 미리 고지
- 인터뷰 시작과 끝은 가벼운 화제로 시작
- 트라우마 반응은 자연스러운 것임을 인정해줄 것
- 인터뷰 시간에 관하여 미리 고지
- 원할 때 언제든지 휴식 취할 수 있다는 사실 알려주고, 트라우마 반응 나타나면 휴식 권고
- 인터뷰 때 화제 전환 시 미리 고지함
- 질문의 페이스를 늦추고, 천천히 생각할 시간을 줌
- 열린 질문으로 하여 고객의 기억 되살림
- 단어는 구체적으로 사용하고, 고객의 언어로 대화 이어갈 것
- 상담자가 '이야기 하는 것'과 '이야기하지 않는 것' 빈 공간 찾아내기
- 비언어적 행위를 잘 관찰하기
- 고객의 감정을 확인하고 잘못된 것이 아니라는 것을 인정해줄 것
- 변호인 스스로의 반응도 인지할 것: 고객의 트라우마 반응이 본인의 2차 트라우마에 영향 줄 수 있을 것 이라는 것을 인지

#### [법원]

- 고객에게 미리 법정 절차를 설명할 것
- 언제 법정에 도착할 것인지, 어디에서 변호사와 고객이 만날 것인지, 법정 외에서 고객이 가해자와 마주칠 가능성이 있는지 등 미리 설명하고 함께 결정할 것
- 고객이 법정 절차에서 조력자(신뢰관계인)가 함께 참여하기 원하는지 확인할 것
- 만약 인터뷰 당시 고객이 트라우마 반응을 드러낸 경우라면, 해당 반응이 법정절차에서도 나타날 수 있으니 이를 미리 설명하고 어떻게 할 것인지 미리 논의할 것
- 고객이 느끼는 감정이 잘못되지 않다는 것을 인정해줄 것
- 고객에게 그런 상황에서 어떻게 도와줄 수 있을지 물을 것
- 휴정 시, 고객에게 가벼운 대화를 하며 고객을 '현재'로 돌아오길 노력할 것

## 2 청소년 분야

본 연구에 참여한 트라우마 피해자는 모두 아동·청소년기에 트라우마를 경험한 청소년으로서 체크리스트에 아래와 같은 의견을 주었다.

‘가벼운 대화로 고객을 현재로 돌아오도록 노력할 것’은 체크리스트에서 빠지면 안 될 중요한 부분이라고 인터뷰에 참가한 자들 모두가 이야기했고, ‘언제든 휴식을 취할 수 있다는 사실을 알려주는 것’도 필요하다는 것이 뒤를 이었다.

아동이나 청소년을 상담할 때 더욱 유의할 점으로 ‘부모님 앞에서는 사건을 축소하거나 숨기게 되는 경우가 많기 때문에, 부모님과 분리하여 상담하면 좋겠다’는 의견과 ‘다른 사람들이 내 이야기를 들을 수 있는 열린 공간이나 시끄러운 공간이 아닌, 보호받고 안전하다는 느낌을 줄 수 있는 공간’에서 진행하기를 바랐다. 또한, ‘사건 이야기가 아니라 자연스러운 대화나 놀이 치료, 그림 치료와 같이 재미있게 상담을 진행하였으면 한다’는 의견도 밝혀주었다.

The National Child Traumatic Stress Network에서 보호소년을 변론하는 변호인을 위한 자료에서 역시 ‘조용한 장소에서 상담 하라’는 내용이 강조되었고, 그 외에도 ‘짧은 상담을 여러 번 진행하라’, ‘고객과의 물리적 접촉을 최소화하라’, ‘모든 것이 잘 될 것이라는 말을 하지 말아라’ 등을 제안한다(National Child Traumatic Stress Network etc., 2018, p.7,8). 또한, 트라우마 반응을 촉발시키지 않도록 ‘고객의 흥미 속에서 트라우마를 발견하라’는 내용도 포함하고 있다(National Child Traumatic Stress Network etc., 2018, p.13)

본 연구에 참여한 트라우마 피해자들 인터뷰와 The National Child Traumatic Stress Network의 자료를 바탕으로 청소년을 변론할 때 더욱 유의해야 할 사항을 고려하여 아래와 같은 체크리스트를 작성해 보았다.

[상담 시]

- 조용하고 사적인 공간에서 상담을 진행할 것
- 부모님과 분리 상담을 권할 것
- 한 번의 깊은 상담보다는 짧게 여러 번 상담을 할 것
- '식사는 하였나'와 같은 가벼운 주제로 대화를 시작할 것
- 청소년의 흥미를 파악해 관련된 대화에서 자연스럽게 사건 이야기를 할 것
- 지시형의 대화가 아닌 '~하는 게 어떨까?', '우리 같이 ~해볼까?'와 같은 제안형이나 의문문으로 대화를 이끌어 갈 것

[법원]

- 법원 앞이나 법정 안에서 만났을 때, 손을 흔들면서 인사를 해줄 것
- 미소를 띠고 이야기 해줄 것
- 보호소년이 흥분하거나 울면, 휴정을 요청하거나 보호소년의 편에서 적극적으로 발언해 줄 것
- 판사 앞에서 보호소년이 할 이야기를 함께 준비한 후, 법정에서 보호소년에게 발언 기회가 주어지지 않을 때, 판사님에게 발언 기회를 요청해줄 것

## VII. 트라우마 인지 변호활동 매뉴얼

본 연구는 트라우마 인지 변호활동 매뉴얼을 3단 브로슈어로 디자인하여 제작하였고, 그 구성은 아래와 같다.

### 1 트라우마 인지 변호활동이란?

‘트라우마 인지 실무’는 “트라우마를 가진 고객과 실무자가 관계를 맺을 때 실무자가 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 개별 트라우마 경험에 적합한 방식을 사용하여 고객에게 접근하는 방식”을 의미한다. 이 ‘트라우마 인지 실무’를 변호 활동에 적용 및 활용하는 것(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, p.1).

### 2 트라우마 인지 변호활동

#### 가. 트라우마의 발견

트라우마의 발생, 뇌에 미치는 영향, 공통적인 증상, 이상적인 대응 모델을 제시할 수 있도록 심리학자, 정신과 의사 등 외부 강사를 초대하여 트라우마를 이해한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.27~28).

#### 나. 변호인-의뢰인 관계 구축

트라우마의 다양한 증상 및 대응 전략을 숙지하고, 트라우마를 가진 의뢰인과 추가적 일정을 계획하여 자주 만난다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.30~31).

## 다. 소송 전략에의 반영

의뢰인의 법정에 대한 두려움을 경감시키기 위해 법정의 세부사항을 설명하고, 예상되는 질문을 준비시킨다. 예상되는 최악의 결과까지 모두 설명한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.31~32).

## 라. 간접 트라우마의 방지

변호사의 2차 트라우마를 방지하기 위해 자기돌봄의 방법을 안내하고, 업무를 적절하게 분배한다(Sarah Katz & Deeya Haldar, 2016, pp.32~35).

# 3 체크리스트

## 가. 체크리스트(상담 시)

질문	v
회의장소, 시간 등 의뢰인에게 편한 곳 물어보기	
의뢰인이 법률 사무소 방문 시, 음료수 선택지를 제시하고 음료수 제안하기	
의뢰인에게 회의실 문의 개폐에 관한 의견을 물을 것	
의뢰인과의 상담이 기밀로 유지된다는 사실을 미리 고지	
상담의 시작과 끝은 가벼운 화제로 시작	
의뢰인에게 트라우마 반응은 자연스러운 것임을 인정해 줄 것	
의뢰인에게 상담 시간에 관하여 미리 고지	
의뢰인이 원할 때 언제든지 휴식을 취할 수 있다는 사실을 알려주고, 트라우마 반응이 나타나면 휴식 권고	
상담 시, 화제를 전환할 때 의뢰인에게 미리 고지함	
질문의 페이스를 늦추고, 의뢰인에게 천천히 생각할 시간을 줌	
의뢰인이 ‘이야기 하는 것’과 ‘이야기 하지 않는 것’ 사이의 빈 공간을 찾아내기	
의뢰인의 비언어적 행위를 잘 관찰하기	
의뢰인의 감정을 확인하고 잘못된 것이 아니라는 것을 인정해 줄 것	
변호인 스스로의 반응도 인지할 것: 의뢰인의 트라우마 반응이 변호인의 2차 트라우마에 영향을 줄 수 있음을 인지	

## 나. 체크리스트(법정)

질문	✓
의뢰인에게 미리 법정 절차를 설명할 것	
언제 법정에 도착할 것인지 함께 결정	
재판 당일, 변호인과 의뢰인이 어디서 만날 것인지 함께 결정	
법정 외에서 의뢰인이 가해자와 마주칠 가능성이 있는지 미리 설명	
의뢰인이 재판 절차에서 신뢰관계인과 함께 참여하기 원하는지 확인할 것	
만약 상담 당시 의뢰인의 트라우마 반응이 드러난 경우, 해당 반응이 재판에서 나타날 수도 있으니 미리 설명하고, 의뢰인과 어떻게 할 것인지 미리 논의할 것	
의뢰인이 느끼는 감정이 잘못되지 않았다는 것을 인정해 줄 것	
의뢰인에게 그러한 상황에서 어떻게 도와줄 수 있을지 물을 것	
휴정 시, 의뢰인에게 가벼운 대화를 하며 의뢰인이 '현재'로 돌아오도록 노력할 것	

## VIII. 결론

트라우마 인지 변호활동은 의뢰인의 트라우마를 이해하고, 그 영향을 파악하여 의뢰인의 트라우마에 대응할 수 있는 전략을 세우고, 법정에서 트라우마가 재발하지 않도록 섬세하게 배려하고, 준비하며 의뢰인과의 관계에서 신뢰를 쌓고, 이를 법정에서 실제로 이루어내는 과정을 통해 효과적인 변론을 하기에 최적의 수단이다. 또한, 이 과정에서 변호인 스스로가 가지고 있는 트라우마나 트라우마 경험이 있는 의뢰인으로부터 받는 간접 트라우마로부터 스스로를 보호할 수 있는 자기돌봄의 기술을 개발하여 더욱 건강한 변호사로서 다양한 업무에 집중할 수 있다.

다만, 트라우마 인지 기법에만 의존하여 체크리스트를 활용한 후, 생각만큼 변호활동이 효과적으로 이루어지지 않는다고 불평할 수는 없다. 본 연구의 인터뷰에 참가한 전문가가 말하였듯이 ‘이론도 중요하지만 당사자와의 소통이 가장 중요하다. 트라우마 인지 변호활동 인터뷰에 참여해보니, 이러한 변호활동은 특히 트라우마 피해자에게 더욱 필요한 접근이라기보다 기본적으로 인간에 대한 관심을 가지고, 존중하는 태도로 상대방을 대하는 방법인 것 같다’고 이야기 해 주었다. 또한, 본 연구의 인터뷰에 참가한 트라우마 피해자 역시 ‘결국 사람마다 다르니깐 각 사람에게 맞추어 변호하는 것이 가장 중요하다고 생각한다. 따라서 변호인에게 필요한 능력은 피해자들에게 관심을 가지는 것’이라고 의견을 밝혀주었다.

이처럼 사실 모든 이들의 트라우마는 공통적으로 해결하거나 소통할 방안이 있는 것이 아니라 개개인의 특성과 맞춤형에 기반해야 한다. 이 모든 것의 기반에는 인터뷰에 참가한 사람들이 말한 인간에 대한 관심과 존중, 사랑이 있다. 트라우마를 가진 의뢰인에게 사랑을 기반으로 한 진심 어린 관심을 가지고 존중하는 태도로 대하고, 이해하면 그것이 가장 효과적인 트라우마 인지 변호활동이 될 수 있을 것이라 기대한다.

## 〈참고문헌〉

- Aida Alayarian(2007). 난민치료센터 상담 중심의 트라우마 회복탄력성과 상담실제, 시그마프레스
- SARAH KATZ & KEEYA HALDAR(2016). THE PEDAGOGY OF TRAUMA-INFORMED LAWYERING, 22 Clinical L. Rev. 359
- Talia Kraemer, Eliza Patten(2014). Establishing a Trauma-Informed Lawyer-Client Relationship(Part One), ABA Child Law Practice, 33(10)
- Gohara, M. S. (2018). In defense of the injured: How trauma-informed criminal defense can reform sentencing. American Journal of Criminal Law, 45(1), 1~54.
- Samantha Buckingham(2016). Traum informed juvenile justice
- Gene Griffin, Edward J. Germain, and Raymond G. Wilkerson(2012). *Journal of Child & Adolescent Trauma*, Using a Trauma-Informed Approach in Juvenile Justice Institutions, 5:271-283
- Laurie Cook, Heffron(2019). Trauma Informed Lawyering, Immigration Law Conference(2019, 5. 17~18), Federal Bar Association.
- Jane Shakespeare-Finch 외 1인(2013). A Qualitative Approach to Assessing the Validity of the Posttraumatic Growth Inventory, Journal of Loss and Trauma, (18)
- Mary Malefyt Seighman 외 2인(2011). Repersenting Domestic Violence Survivors Who Are Experiencing Trauma and Other Mental Health Challenges:A Handbook for Attorneys. National Center on Domestic Violence, Trauma & Mental Health
- Morgan III, C.A., Hazlett, G.,Doran, A., Garrett, S., Hoyt,G., Thomas, P., Baranoski, &Southwick, S. M. (2004). Accuraacy of eyewitness memory for persons encountered during exposure to highly intense stress. International Journal of Law and Psychiatry, 27
- National Child Traumatic Stress Network, Justice Consortium Attorney Workgroup Subcommittee(2018). Trauma-Informed Legal Advocacy: A Resource for Juvenile Defense Attorneys. Los Angeles, CA, and Durham, NC: National Center for Child Traumatic Stress.
- The National Center on Domestic Violence, Trauma and Mental Health(2011). Repersenting Domestic Violence Survivors Who Are Experiencing Trauma and Other Mental Health Challenges:A Handbook for Attorneys'
- 김경숙(2018). 탈북여성의 가정폭력 경험과 트라우마에 관한 연구. 한국기독교상담학회지, 29(3)
- 김요완(2020). 성폭력 피해자의 외상 후 성장 경험에 관한 질적 사례 연구. Crisisonomy (16)
- 서주희 외 5인(2015). 가정폭력 피해여성들의 사건충격과 정서 그리고 삶의 질에 대한 M&L 트라우마 심리치료 프로그램의 효과에 대한 임상연구, JON. 26(2).
- 법무부, 피해자 국선변호사 업무 매뉴얼

- 수잔 크레이그(2020). 트라우마 공감학교, 김현수, 에듀니티
- 시라카와 미야코(2017), 빨간모자와 늑대의 트라우마 케어, 김나랑, 프리렉
- 이미혜, 성승연 (2014). 상담자들의 대리외상. 한국심리학회지: 일반, 33(1)
- 주경미(2018). 외상 후 스트레스장애, 약학정보원 판리뷰(PHARM REVIEW), 약학정보원, 308
- 캐롤린 요더(2014), 트라우마의 이해와 치유, KAP
- 한국여성정책연구원(2019), 2019년 가정폭력 실태조사 연구, 여성가족부,
- 한국여성정책연구원(2019). 2019년 성폭력 안전실태조사 연구, 여성가족부
- 이한길(2020). 미국에서의 트라우마 인지 변호활동 교육 및 실무에의 적용, 트라우마 인지 변호활동  
세미나, 서울지방변호사회, 공익변호사모임

## [첨부자료]

### 1. 트라우마 인지 변호 활동 질문지\_전문가용

#### 〈트라우마 인지 변호 활동 질문지〉

본 질문지는 서울지방변호사회 「제5회 공익·인권 분야 연구활동 지원사업」으로 선정되어 수행 중인 ‘트라우마 인지 변호 활동’ 연구를 위하여 작성되었습니다. 본 질문지는 트라우마 피해자를 위한 활동에 종사하는 전문가 인터뷰를 위하여 작성 및 제공됩니다. 트라우마 인지 실무는 심리상담, 치료, 사회 서비스 등 영역에서 널리 사용되는 개념으로, 트라우마를 가진 고객과 실무자가 관계를 맺을 때 실무자가 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 개별 트라우마 경험에 적합한 방식을 사용하여 고객에게 접근하는 것을 말합니다.

‘트라우마 인지 변호(Trauma Informed Lawyering)’란 트라우마 피해자에 대해 법률 지원을 하는 변호사가 의뢰인과 효율적으로 소통하기 위해 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 적합한 방식으로 소통하며, 변론 과정에서 이를 효과적으로 제시하는 것을 말합니다.

본 질문지는 크게 답변자의 전문 분야, 실무상 접하였던 트라우마의 형태와 이에 대한 대응 경험, 트라우마 인지 변론의 사례, 트라우마 인지 변호의 필요성에 대한 본인의 의견과 향후 바라는 점으로 구성되었습니다. 답변은 서술형으로 하여 주시기 바랍니다. 개별 사건의 언급 시 익명의 사용이 가능하며, 본 질문지에 대한 답안은 원본의 형태로 외부 유출되거나 연구 이외의 목적으로 사용되지 않습니다.

문의: 서유진 변호사(사단법인 나눔과이음)

전화: 02-316-4058

메일: yjseo@shinkim.com

### 1. 기본 사항

1-1. 직업:

1-2. 실무 경력: (       )년

1-3. 답변자의 전문 분야(ex. 난민인정소송, 폭력피해자 대리 등):

## 2. 트라우마 피해자에 관한 경험

2-1. 실무 수행 과정에서, 트라우마 피해자를 만나 상담하거나, 조력을 제공한 경험이 있습니까? 어떻게 트라우마 피해자라고 판단하였는지, 당사자의 진술, 태도를 포함하여 설명하여 주시기 바랍니다.

2-2. 트라우마 피해자와 함께 일하는 과정에서, 겪었던 어려운 점은 어떤 것이 있습니까? 그 어려움에 대처하기 위해 어떤 방법을 사용하였습니까?

## 3. 트라우마 인지 실무

3-1. 트라우마 피해자를 상담하는 과정에서, 해당 트라우마의 발생 원인, 트라우마로 인하여 피해자에게 나타나는 심리적 특징과 행동에 대한 교육을 받은 적이 있습니까? 어떠한 교육을 받았습니까?

3-2. (교육을 받은 적이 있는 경우에만 대답) 교육이 실제 상담에서 어떻게 도움이 되었습니까?

3-3. 트라우마 피해자를 상담하면서 2차 트라우마<sup>2)</sup>가 발생한 경험이 있습니까? 2차 트라우마가 발생했다면, 1) 어떤 증상이 있었으며, 2) 그 증상을 어떻게 해결하였나요?

3-4. 트라우마 피해자의 법률 조력을 지원해 본 적이 있으십니까? 트라우마 인지 변호 활동 교육을 하는 것이 수사, 기소, 재판 과정 등에서 필요하다고 여겨진 사례가 있습니까? 그렇게 판단되는 이유는 무엇인가요?

2) 트라우마 경험 피해자와 일하는 상담자, 치료사, 의사, 변호사 등 트라우마 경험을 가진 사람들을 직접적으로 돕는 사람들에게 나타날 수 있는 2차 트라우마를 의미합니다. 트라우마를 경험한 사람과 지속적으로 반복적인 관계를 하는 사람 누구에게나 나타날 수 있습니다. 간접 트라우마는 트라우마를 경험한 자의 기억과 관련된 고통스러운 감정이나 이미지들을 경험하며 시간이 지날수록 이 기억을 스스로의 기억 시스템에 포함시키는 것으로, 2차 트라우마를 겪는 사람은 안전, 믿음, 존중, 친밀함 등을 잃게 될 수 있습니다.

#### 4. 향후 바라는 점

4-1. 트라우마 인지 변호를 위해 가장 필요하다고 생각하는 것은 무엇입니까?

- ☐ 트라우마 인지 변호 기법에 대한 교육
- ☐ 트라우마 상담 치료 센터와의 긴밀한 협업
- ☐ 트라우마 경험에 대한 분석과 데이터베이스 활용
- ☐ 변호사가 겪을 수 있는 간접 트라우마 방지책

4-2. 그 외 연구진들에게 전하고 싶은 말씀이 있다면 자유롭게 작성 부탁드립니다.

2021. 3.

답변자 (이름)

(서명)

## 2. 트라우마 인지 변호 활동 질문지\_피해자용

## 〈트라우마 인지 변호 활동 질문지〉

본 질문지는 서울지방법변호사회 「제5회 공익·인권 분야 연구활동 지원사업」으로 선정되어 수행 중인 ‘트라우마 인지 변호 활동’ 연구를 위하여 작성되었습니다. 본 질문지는 트라우마 피해자 인터뷰를 위하여 작성 및 제공됩니다.

트라우마 인지 실무는 심리상담, 치료, 사회 서비스 등 영역에서 널리 사용되는 개념으로, 트라우마를 가진 고객과 실무자가 관계를 맺을 때 실무자가 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 개별 트라우마 경험에 적합한 방식을 사용하여 고객에게 접근하는 것을 말합니다.

‘트라우마 인지 변호(Trauma Informed Lawyering)’란 트라우마 피해자에 대해 법률 지원을 하는 변호사가 의뢰인과 효율적으로 소통하기 위해 트라우마에 대한 이해를 바탕으로 적합한 방식으로 소통하며, 변론 과정에서 이를 효과적으로 제시하는 것을 말합니다.

본 질문지는 크게 답변자의 전문 분야, 실무상 접하였던 트라우마의 형태와 이에 대한 대응 경험, 트라우마 인지 변론의 사례, 트라우마 인지 변호의 필요성에 대한 본인의 의견과 향후 바라는 점으로 구성되었습니다. 답변은 서술형으로 하여 주시기 바랍니다. 개별 사건의 언급 시 익명의 사용이 가능하며, 본 질문지에 대한 답안은 원본의 형태로 외부 유출되거나 연구 이외의 목적으로 사용되지 않습니다.

문의: 서유진 변호사(사단법인 나눔과이음)

전화: 02-316-4058

메일: yjseo@shinkim.com

## 1. 기본 사항

1-1. 나이:

1-2. 트라우마 경험을 겪은 년도:

1-3. 트라우마 경험 사유:

☐ 성폭력

☐ 가정폭력

☐ 기타( )

## 2. 트라우마 피해에 관한 경험

2-1. 어떤 트라우마 경험을 하였는지 말씀해 주실 수 있을까요?

2-2. 트라우마로 인하여 일상생활에서 겪었던 어려운 점은 어떤 것이 있습니까? 그 어려움에 대처하기 위해 어떤 방법을 사용하였습니까?

2-3. 혹시 심리상담을 이용하였다면 어떤 점에서 도움이 되었나요?

2-4. 트라우마 경험 이후, 그 감정이나 트라우마 반응이 촉발된 경험이 있었나요? 주로 어떤 상황에서 촉발되었고, 주위에서 어떻게 행동할 때 트라우마 반응을 가라 앉히는 데 도움이 되었나요?

### 3. 트라우마 인지 변론

3-1. 재판 절차를 경험한 적이 있나요? 1) 피해자로서의 경험이었는지 가해자로서의 경험이었는지, 2) 트라우마와 관련된 내용이었는지, 3) 사안의 개요를 설명해주실 수 있을까요.

3-2. 처음 변호사를 만났을 때 변호사와 어디서 만났으며, 어떤 말을 건넸나요?

3-3. 변호사와 상담 과정 중에 불편했던 점이 있나요? 변호사가 개선했으면 하는 부분이 있었나요?

3-4. 법정에 나아가 진술을 한 경험이 있나요? 재판에 임하기 이전에 어떤 부분이 두려웠나요?

3-5. 변호인이 위 3-4의 재판에 대한 두려움을 안정시켜주었나요? 만약 안정을 주었다면 변호인의 어떤 행동이 안정을 주었나요? 만약 안정을 주지 못했다면 변호인이 어떤 행동을 해주었으면 마음이 편했을까요?

3-6. 변호사와 상담 중에 트라우마 경험이 떠오른 적이 있나요? 그로 인하여 변호인과의 협업이 불편해지거나 어려워졌나요? 변호인이 어떻게 행동했다면 더 좋았을까요?

3-7. 반대로, 변호사가 어떤 행동을 했을 때 안정감과 편안함을 느낀 적이 있나요? 그 경험을 상세히 구술해주실 수 있을까요?

#### 4. 향후 바라는 점

- 4-1. (첨부자료의 트라우마 인지 변호활동 체크리스트를 제시하며) 체크리스트 내용 중 1) 불필요하다고 생각하는 내용이나 2) 꼭 필요하다고 생각한 내용, 3) 확인 중에 추가적으로 떠오른 고려해야 할 생각이 있으시면 의견 주시기 부탁드립니다.

- 4-2. 트라우마 인지 변호를 위해 가장 필요하다고 생각하는 것은 무엇입니까?

- ☐ 트라우마 인지 변호 기법에 대한 교육
- ☐ 트라우마 상담 치료 센터와의 긴밀한 협업
- ☐ 트라우마 경험에 대한 분석과 데이터베이스 활용
- ☐ 변호사가 겪을 수 있는 간접 트라우마 방지책

- 4-3. 그 외 연구진들에게 전하고 싶은 말씀이 있다면 자유롭게 작성 부탁드립니다.

2021. 3.

답변자 (이름, 익명 가능)

(서명)

## [첨부자료]

### 트라우마 인지 변호활동 체크리스트

#### [상담 시]

- 회의 장소, 시간 등 상담자에게 편한 곳 물어보기
- 아이를 가진 고객의 경우 아이의 동석 여부 묻고, 배려하기
- 상담실 첫 방문 시, 음료수 선택지를 제시하고, 음료수 제안하기
- 상담실 문의 개폐에 관하여 의견 물을 것
- 기밀로 유지된다는 사실 미리 고지
- 인터뷰 시작과 끝은 가벼운 화제로 시작
- 트라우마 반응은 자연스러운 것임을 인정해줄 것
- 인터뷰 시간에 관하여 미리 고지
- 원할 때 언제든지 휴식 취할 수 있다는 사실 알려주고, 트라우마 반응 나타나면 휴식 권고
- 인터뷰 때 화제 전환 시 미리 고지함
- 질문의 페이스를 늦추고, 천천히 생각할 시간을 줌
- 열린 질문으로 하여 고객의 기억 되살림
- 단어는 구체적으로 사용하고, 고객의 언어로 대화 이어갈 것
- 상담자가 '이야기 하는 것'과 '이야기하지 않는 것' 빈 공간 찾아내기
- 비언어적 행위를 잘 관찰하기
- 고객의 감정을 확인하고 잘못된 것이 아니라는 것을 인정해줄 것
- 변호인 스스로의 반응도 인지할 것: 고객의 트라우마 반응에 본인의 2차 트라우마에 영향 줄 수 있을 것 이라는 것을 인지

#### [법원]

- 고객에게 미리 법정 절차를 설명할 것
- 언제 법정에 도착할 것인지, 어디에서 변호사와 고객이 만날 것인지, 법정 외에서 고객이 가해자와 마주칠 가능성이 있는지 등 미리 설명하고 함께 결정할 것
- 고객이 법정 절차에서 조력자(신뢰관계인)가 함께 참여하기 원하는지 확인할 것
- 만약 인터뷰 당시 고객이 트라우마 반응을 드러낸 경우라면, 해당 반응이 법정절차에서도 나타날 수 있으니 이를 미리 설명하고 어떻게 할 것인지 미리 논의할 것
- 고객이 느끼는 감정이 잘못되지 않다는 것을 인정해줄 것
- 고객에게 그런 상황에서 어떻게 도와줄 수 있을지 물을 것
- 휴정 시, 고객에게 가벼운 대화를 하며 고객을 '현재'로 돌아오길 노력할 것

### 3. 트라우마 인지 변호 활동 매뉴얼 3단 리플렛



# 트라우마 인지 변호 활동

제작자  
박인숙, 서유진, 이진혜

\*본 체크리스트는 서울지방변호사회 프로보노지원센터의  
공익 인권분야 연구지원사업으로 제작되었습니다.\*



## 체크리스트(법정)

질문	V
의뢰인에게 미리 법정 절차를 설명할 것	
인제 법정에 도착할 것인지 함께 결정	
재판 당일 변호인과 의뢰인이 어디서 만날 것인지 함께 결정	
법정 외에서 의뢰인이 가해자와 마주칠 가능성이 있는지 미리 설명	
의뢰인이 재판 절차에서 신뢰관계인과 함께 참여하기 원하는지 확인할 것	
만약 상담 당시 의뢰인의 트라우마 반응이 드러난 경우, 해당 반응이 재판에서 나타날 수도 있으니 미리 설명하고 어떻게 할 것인지 미리 논의할 것	
법정에서 의뢰인에게 트라우마 반응이 나타날 때 의뢰인이 느끼는 감정이 잘못되지 않았다는 것을 인정해 줄 것	
의뢰인에게 트라우마 반응이 나타날 때 어떻게 도와줄 수 있을지 물을 것	
휴정 시, 의뢰인에게 가벼운 대화를 하며 의뢰인이 '현재'로 돌아오도록 노력할 것	

이 자료는 이현필(2020).  
'미국에서의 트라우마 인지 변호활동 교육 및 실무에의 적용'  
세미나 내용을 인용하였습니다.



## 체크리스트(상담 시)

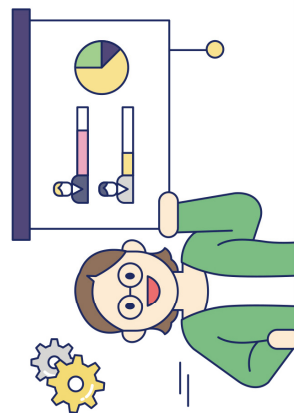
질문	V
회의장소, 시간 등 의뢰인에게 편한 곳 물어보기	
의뢰인이 법률 사무실 방문 시, 음료수 선택지를 제시하고 음료수 제안하기	
의뢰인에게 회의실 문의 개폐에 관한 의견 물을 것	
의뢰인과의 상담이 기밀로 유지된다는 사실 미리 고지	
상담의 시작과 끝은 가벼운 화제로 시작	
의뢰인에게 트라우마 반응은 자연스러운 것임을 인정해 줄 것	
의뢰인에게 상담 시간에 관하여 미리 고지	
의뢰인이 말할 때 언제든지 휴식 취할 수 있다는 사실을 알려주고, 트라우마 반응 나타나면 휴식 권고	
상담 시, 화제를 전환할 때 미리 고지 함	
질문의 페이스를 늦추고, 의뢰인에게 친절한 생각할 시간을 줌	
의뢰인이 '이야기 하는 것'과 '이야기 하지 않는 것' 사이의 빈 공간을 찾아내기	
의뢰인의 비언어적 행위 잘 관찰하기	
의뢰인의 감정을 확인하고 잘못된 것이 아니라는 것을 인정해 줄 것	
변호인 스스로의 반응도 인지할 것: 의뢰인의 트라우마 반응이 본인의 2차 트라우마에 영향을 줄 수 있음을 인지	

## “ 트라우마 인지 변호활동이란?”

‘트라우마 인지 실무’는  
“트라우마를 가진 고객과 실무자가  
관계를 맺을 때 실무자가 트라우마에 대한  
이해를 바탕으로 개별 트라우마 경험에 적합한  
방식을 사용하여 고객에게 접근하는 방식”을  
의미한다.



이 ‘트라우마 인지 실무’를  
변호 활동에 적용 및 활용하는 것



“다음 자세한 내용이 담겨있는 본통에서는 ‘사용지침(변호사의 프로보노지원센터  
제도와 공익인권법 연구 결과 보고서 (<http://probono.ssoilbar.or.kr/board/610>)  
트라우마 인지 변호 실무에 대한 이해 및 적용 방법’을 참고해주시길 부탁드립니다.”

## 트라우마 인지 변호 활동

1



### “트라우마의 발견”

트라우마의 발생, 뇌에 미치는 영향,  
공통적인 증상, 이상적인 대응 모델을 제시할 수  
있도록 심리학자, 정신과 의사 등 외부 강사를  
초대하여 트라우마를 이해한다.

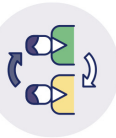
3



### “소송전략에의 반영”

의뢰인의 법정에 대한 두려움을  
경감시키기 위해 법정에서의 세부사항을 설명하고,  
예상되는 질문을 준비시킨다.  
예상되는 최악의 결과까지 모두 설명한다.

2



### “변호인-의뢰인 관계 구축”

트라우마의 다양한 증상 및  
대응전략을 숙지하고, 트라우마를 가진 의뢰인과  
추가적 일정을 계획하여 자주 만난다.

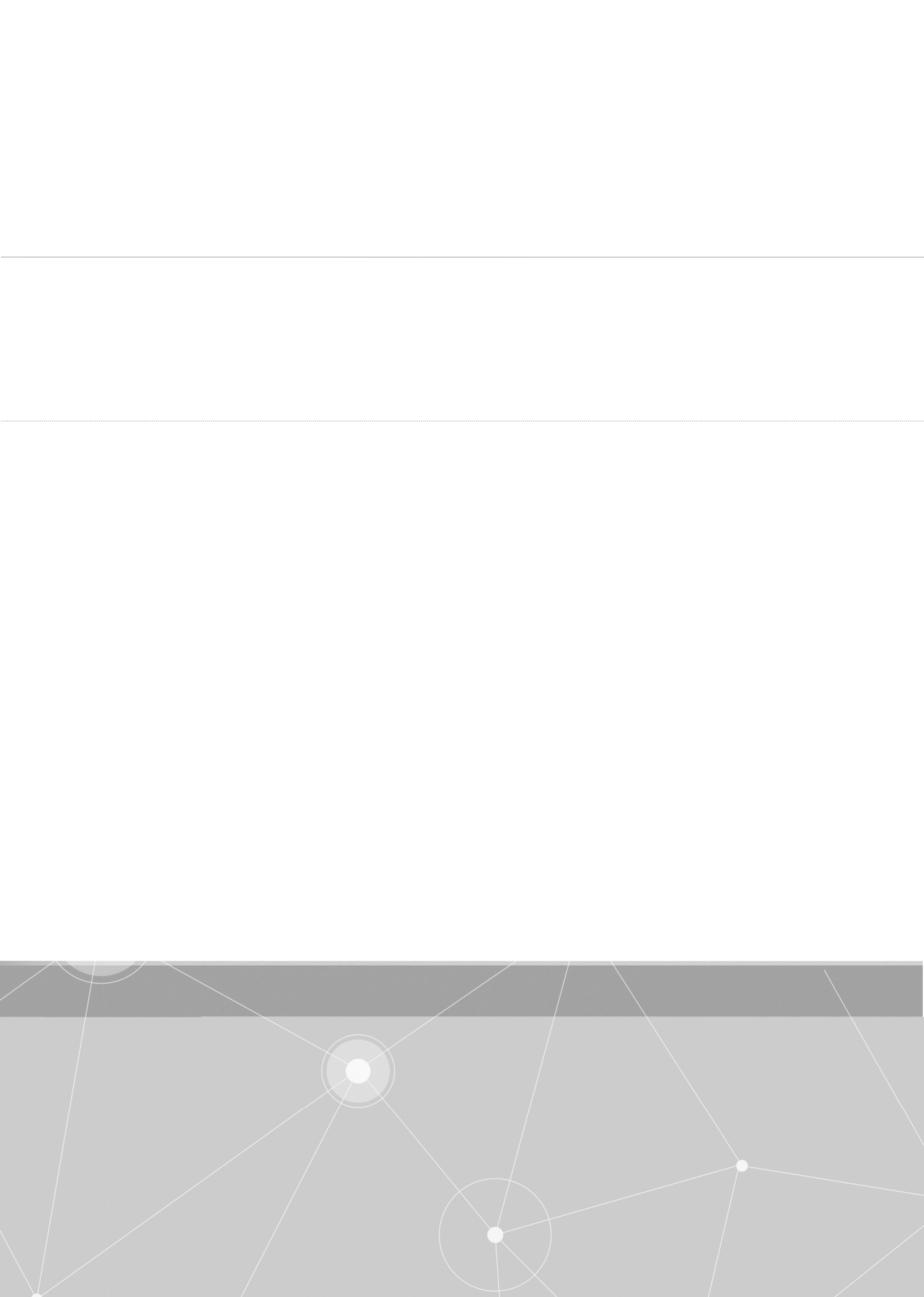
4



### “간접트라우마의 방지”

변호사의 2차 트라우마를  
방지하기 위해 자기돌봄의 방법을 안내하고,  
업무를 적절하게 분배한다.

이 자료는 SARAH KATZ & KEEYA HALDAR(2016),  
“THE PEDAGOGY OF TRAUMA-INFORMED LAWYERING” 논문을 인용하였습니다.



## 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 법적연구

신수경 변호사(법률사무소 율다함)  
한민희 변호사(법률사무소 율다함)  
오수정 변호사(법률사무소 율다함)  
서동진 변호사(법률사무소 율다함)  
서지현 변호사(법률사무소 율다함)

## 제1장 서론

### 제1절 연구 목적

아동·청소년은 단순한 보호의 대상이 아닌 기본권의 주체인 “인간”이다. 이에 아동·청소년은 자신의 사적 영역에 있어 공권력의 간섭 없이 스스로 결정하고 통제할 수 있는 기본권으로서 자기결정권의 주체가 된다. 개인정보의 주체인 정보주체가 자신과 관련된 개인정보에 대하여 가지는 통제권을 개인정보자기결정권이라 하며, 아동·청소년은 정보주체로서 개인정보자기결정권을 행사할 수 있다.

현행 아동·청소년의 개인정보자기결정권은 「개인정보보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하, ‘정보통신망법’이라 한다)」등의 규정에 따라 법정대리인의 동의를 통하여 구현되고 있으나, 학대 피해아동·시설보호청소년·학교 밖 청소년 등 이른바 취약계층의 아동·청소년의 경우, 법정대리인의 동의를 통한 개인정보자기결정권의 구현이 충실히 이루어지지 않는 경우가 있는 것으로 확인된다. 아동·청소년의 개인정보보호를 위하여 마련된 법정대리인 동의권을 법정대리인이 무단 사용 또는 남용함으로써, 오히려 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 심각하게 침해되거나 이를 넘어 아동·청소년에게 경제적인 피해까지 발생하고 있는 것이다.<sup>1)</sup>

취약계층 아동·청소년 중 특히, 친권자의 학대, 빈곤, 질병, 수감 등의 사유로 친권자가 직접 자녀를 양육하지 못하여 시설, 공동생활가정, 다른 가정 등에 일정한 기간 동안 보호되고 있는 “위탁아동·청소년”의 경우에 있어 개인정보자기결정권의 침해 문제가 두드러진다. 법정대리인인 친권자가 아동·청소년 명의를 무단으로 도용하여 휴대폰을 개통한 후 요금을 미납하여 이를 납부하게 하거나, 금융기관에서 통장·카드 등을 발급받아 아동·청소년 명의의 금융자산을 함부로 소비하는 등의 일이 발생하고 있으며, 반대로 법정대리인의 부재로 아동·청소년이 필요한 동의를

1) 2021. 1. 16. 국민일보, ‘정인이 구조됐다면 우리 잘 키웠을까요? 민망한 국가 양육 [이슈&탐사]’  
<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015426994>

언지 못하여 개인정보자기결정권이 적시에 구현되지 못하는 경우도 발생하고 있다.

이러한 문제에 있어 근본적인 해결은 현행 「민법」·「아동학대 범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하, ‘아동학대처벌법’이라 한다)상의 친권·후견권 제한 조치들을 활용하는 것이나 이같은 제도들은 취약계층 아동·청소년들이 접근하기 어려운 제도이며, 법원도 친권과 후견권의 제한에 있어서는 엄격한 판단을 하고 있어 사실상 적시에 이러한 법률적인 조력을 받기는 어렵다. 시설보호아동들의 보호공백을 방지하기 위한 「보호시설에 있는 미성년자의 후견에 관한 법률(이하, ‘시설미성년후견법’이라 한다)」역시도 사실상 사문화되어 활용되고 있지 않으며, 더욱이 개인정보자기결정권이 일반 법률행위의 동의와 같은 법적성격을 가지는지 등에 대한 논란도 있다. 또한, 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 「개인정보보호법」은 취약계층 아동·청소년과 같이 개인정보자기결정권 실질적 구현에 한계가 있는 집단을 보호할 수 있는 규정을 일체 두고 있지 아니하다.

이러한 법령의 공백 속에 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 전적으로 각 계약상의 논의로만 방지되고 있는 실정이다. 계좌개설·휴대폰개통 등을 위하여 아동·청소년의 개인정보를 수집·이용·처리하는 금융·통신기업들은 취약계층 아동·청소년의 개인정보가 무단 도용될 가능성을 인지하고 있음에도 불구하고, 이를 보호하기 위한 어떠한 노력도 하지 않고 있으며, 오히려 개인정보 처리를 전제로 하여 이루어진 여신금융거래계약이나 휴대폰이용계약 등에서 법정대리인이 임의로 발생시킨 채무가 회수되지 않는 경우, 취약계층 아동·청소년이 성인이 되는 시점부터 법적인 책임을 엄격히 묻고 있어, 어렵게 자립의 첫 걸음을 떼는 취약계층 아동·청소년에게 큰 좌절을 안겨주고 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 하여, 취약계층 아동·청소년들의 개인정보자기결정권을 실질적으로 구현할 수 있는 방안을 검토해 보고자 하는 바, 우선 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 특수성을 검토하고, 연구 참여자들의 개별면접조사를 통하여 실제 문제되는 침해 현황 등을 파악한 후, 「민법」상의 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의권 및 「개인정보보호법」상 법정대리인의 동의권이 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현에 가장 주요한 요소임을 확인하고, 취약계층 아동·청소년의 경우 이러한 법정대리인의 동의 등의 권한 남용 등이 있는 경우 국가와 사회가 후견적으로 적합하게 개입해야 함을 검토한 후, 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현을 위하여 친권 제한 및 미성년 후견의 개시를 통한 국가의 개입과 「개인정보보호법」개정 및 표준약관의 개정과 기업의 자발적 노력 등을 통한 국가 및 사회의 개입을 제안해 보고자 한다. 또한, 보론으로 실제 침해 사례의 대응 소요를 간단히 검토해 보고자 한다.

## 제2절 연구설계 및 방법

첫째, 목적에 부합하는 명확한 연구를 위하여 “취약계층 아동·청소년”의 범위를 다음과 같이 제한하였다. 본 연구에서 취약계층 아동·청소년이란, 친권자 부모의 학대·빈곤·질병·수감 등의 사유로 인하여 현재 친권자 부모와 함께 동거하고 있지 않고, 2019. 12. 31. 현재 「아동복지법」에 따른 아동복지시설 중 거주시설<sup>2)</sup>·공동생활가정<sup>3)</sup>·학대아동피해쉼터<sup>4)</sup>에서 거주하고 있는 총 14,614명의 만 18세 미만의 아동(자립지원시설의 경우 만 19세까지)을 말한다.

[표 1-1] 아동복지시설 보호아동 현황<sup>5)</sup>

2019. 12. 31 현재

(단위 : 개소, 명)

구분	계(현원)		양육시설		보호치료시설		자립지원시설		일시보호시설		종합시설		아 동 상담소	전용 시설	개인양육시설	
	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원			시설	인원
계	281	11,665	240	10,585	12	469	13	218	13	275	3	118	10	7	13	74
서울	49	2341	35	1959	3	140	3	71	5	53	3	118	1	0	0	0
부산	21	931	18	882	1	24	1	22	1	3	0	0	0	0	0	0
대구	23	697	18	588	2	54	2	40	1	15	0	0	0	0	0	0
인천	10	532	9	487					1	45			5	1		
광주	12	507	10	454	0	0	1	12	1	41	0	0	0	1	0	0
대전	14	469	12	360	1	99	1	10	0	0	0	0	0	0	0	0
울산	1	117	1	117												

2) 「아동복지법」 제52조(아동복지시설의 종류) ① 아동복지시설의 종류는 다음과 같다.

1. 아동양육시설: 보호대상아동을 입소시켜 보호, 양육 및 취업훈련, 자립지원 서비스 등을 제공하는 것을 목적으로 하는 시설
2. 아동일시보호시설: 보호대상아동을 일시보호하고 아동에 대한 향후의 양육대책수립 및 보호조치를 행하는 것을 목적으로 하는 시설
3. 아동보호치료시설: 아동에게 보호 및 치료 서비스를 제공하는 다음 각 목의 시설
  - 가. 불량행위를 하거나 불량행위를 할 우려가 있는 아동으로서 보호자가 없거나 친권자나 후견인이 입소를 신청한 아동 또는 가정법원, 지방법원소년부지원에서 보호위탁된 19세 미만인 사람을 입소시켜 치료와 선도를 통하여 건전한 사회인으로 육성하는 것을 목적으로 하는 시설
  - 나. 정서적·행동적 장애로 인하여 어려움을 겪고 있는 아동 또는 학대로 인하여 부모로부터 일시 격리되어 치료받을 필요가 있는 아동을 보호·치료하는 시설
4. 공동생활가정: 보호대상아동에게 가정과 같은 주거여건과 보호, 양육, 자립지원 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하는 시설
5. 자립지원시설: 아동복지시설에서 퇴소한 사람에게 취업준비기간 또는 취업 후 일정 기간 동안 보호함으로써 자립을 지원하는 것을 목적으로 하는 시설

3) 일반적으로, ‘그룹홈’이라는 명칭으로 불린다.

4) 「아동복지법」 제53조의2(학대 피해아동쉼터의 지정) 시장·군수·구청장은 제52조 제1항 제4호에 따른 공동생활가정 중에서 피해아동에 대한 보호, 치료, 양육 서비스 등을 제공하는 학대 피해아동쉼터를 지정할 수 있다.

5) 보건복지부, 2020 아동복지시설 현황(일람표)

구분	계(현원)		양육시설		보호치료시설		자립지원시설		일시보호시설		종합시설		아 동 상담소	전용 시설	개인양육시설	
	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원	시설	인원			시설	인원
세종	1	25	1	25												
경기	28	1176	25	1049	1	40			2	87			3	1	4	34
강원	11	318	8	269	0	0	1	18	2	31	0	0	0	0	2	6
충북	13	518	11	477	1	29	1	12						3	1	0
충남	14	590	13	577			1	13								
전북	16	643	14	587	1	45	1	11	0	0	0	0	0	0	0	0
전남	23	1012	21	988	1	15	1	9	0	0	0	0	0	0	2	19
경북	15	708	15	708											3	13
경남	25	833	24	810	1	23								1	1	2
제주	5	248	5	248	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0

[표 1-2] 일반그룹홈 보호아동 현황<sup>6)</sup>

2019. 12. 31. 현재

(단위 : 개소, 명)

구분	시설수	종사자 수	정원	수 용 인 원			아 동 현 황							
				계	남	여	계	미 취 학		초등재	중재	고재	대재	기타
								0~3세	3~6세					
계	507	1,459	3,474	2,645	1,473	1,172	2,645	67	266	876	607	628	157	43
서울	65	184	438	317	189	128	317	10	41	93	70	85	11	7
부산	27	84	185	156	80	76	156	3	9	51	43	43	5	2
대구	12	36	80	59	40	19	59	0	3	21	15	15	3	2
인천	17	48	117	99	47	52	99	5	10	35	19	23	7	0
광주	34	97	237	164	79	85	164	4	30	68	29	28	5	0
대전	16	45	110	86	49	37	86	3	6	35	16	20	3	3
울산	8	24	52	45	39	6	45	0	5	21	15	2	1	1
세종	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
경기	146	414	997	776	446	330	776	16	86	255	188	178	38	15
강원	19	55	133	99	47	52	99	6	7	27	25	23	10	1
충북	24	64	166	122	56	66	122	7	6	35	32	34	6	2
충남	26	75	182	126	71	55	126	5	3	39	26	38	13	2
전북	40	120	270	215	100	115	215	2	20	79	53	45	15	1
전남	33	98	230	168	104	64	168	1	14	47	31	47	25	3
경북	10	27	69	43	28	15	43	3	6	12	11	8	3	0
경남	26	76	180	143	84	59	143	2	15	48	28	35	11	4
제주	4	12	28	27	14	13	27	0	5	10	6	5	1	0

6) 보건복지부, 2020 공동생활가정 현황(일람표)

[표 1-3] 학대 피해아동쉼터 보호아동 현황<sup>7)</sup>

2019. 12. 31. 현재

(단위 : 개소, 명)

구분	시설수	종사자 수	정 원	수 용 인 원			아 동 현 황							
				계	남	여	계	미 취 학		초등재	중재	고재	대재	기타
								0~3세	3~6세					
계	71	353	477	304	129	175	304	12	33	148	71	37	0	3
서울	4	20	28	12	3	9	12	0	2	5	3	2	0	0
부산	4	20	28	16	4	12	16	0	0	6	7	3	0	0
대구	2	10	10	7	4	3	7	0	0	3	1	2	0	1
인천	2	10	14	13	7	6	13	1	1	5	5	1	0	0
광주	2	10	14	10	6	4	10	0	0	7	2	1	0	0
대전	4	23	28	20	12	8	20	3	6	9	1	1	0	0
울산	2	10	14	13	7	6	13	0	1	10	1	1	0	0
세종	1	5	5	2	2	0	2	0	0	0	1	1	0	0
경기	12	59	82	68	29	39	68	5	10	30	18	4	0	1
강원	5	25	31	15	5	10	15	1	2	8	1	2	0	1
충북	7	35	49	27	8	19	27	0	4	11	9	3	0	0
충남	4	20	28	23	10	13	23	0	3	12	4	4	0	0
전북	3	14	21	17	11	6	17	0	0	13	2	2	0	0
전남	8	37	52	27	4	23	27	0	1	11	10	5	0	0
경북	6	32	40	19	13	6	19	0	1	13	3	2	0	0
경남	3	15	21	7	2	5	7	2	1		1	3		
제주	2	8	12	8	2	6	8	0	1	5	2	0	0	0

둘째, 연구의 목적에 부합하도록 현행 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 침해 현황 및 개선방안의 쟁점 가설을 세우기 위하여 연구자들의 논의를 통하여 인터뷰의 주요 질문을 구성하였다. 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현이 문제 될 수 있는 다양한 사례들을 수집하고, 개선될 지점이 무엇인지를 최대한 구체적으로 질문하고자 하였다.

셋째, 취약 계층 아동·청소년을 실제 접하고 관련 업무를 수행하는 실무자들을 대상으로 질적 조사를 수행하였다. 질적 조사의 연구참여자는 아동복지시설(공동생활가정, 아동양육시설, 학대 피해아동쉼터) 종사자, 청소년복지시설(청소년상담센터, 청소년 쉼터) 종사자, 아동보호전문기관 종사자, 변호사 등으로서 개별심층면접을 진행하였다.

7) 보건복지부, 2020 공동생활가정 현황(일람표)

넷째, 질적 조사 결과를 바탕으로 도출되는 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 침해 현황과 문제점을 파악하고, 개별심층면접을 통하여 일선 실무자들에게 청취한 개선될 지점에 대한 의견을 청취한 후, 현행 법령·약관·해외입법례를 체계적으로 검토하여 개선안을 도출하고자 하였다.

[그림 1] 조사설계

주제	조사대상	접근	연구방법
취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 침해 현황과 실질 구현을 위한 개선방안	아동복지시설 종사자: 아동양육시설 사회복지사, 시설장, 공동생활가정 시설장	질적 조사	• 개별심층면접 - 취약계층 아동·청소년 관련 업무 수행의 전문성, 종사 기간, 실제 사건 관련 업무 경험 등을 고려한 목적 표집을 통하여 아동복지시설 및 청소년복지시설 종사자를 대상으로 개별 심층면접 진행
	청소년복지시설 종사자: 청소년상담센터 상담원, 청소년쉼터 종사자		
	아동보호전문기관 종사자, (피해자)변호사	질적 조사	• 취약계층 아동·청소년과 관련한 권리 침해 관련 기본적인 현황의 파악과 친권·후견권 관련 법률조력 및 이를 바탕으로 한 개선방안에 대한 의견을 의견조회 방식으로 청취
	국내 선행연구·법령·보도 등 검토	문헌 연구	• 아동·청소년 개인정보자기결정권 및 취약계층 아동·청소년 권리 보호를 위한 선행연구·법령 검토 • 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 침해사례 관련 보도 검토 • 해외의 취약계층 아동·청소년 권리 보호 및 개인정보자기결정권 관련 입법례·정책 검토하고 비교제시를 통하여 현행 우리나라 제도 도입 가능성을 검토
국외 해외 입법례와 정책 검토			
현행 자료 검토 + 문헌 조사 + 질적 조사			

연구자들은 2020년 12월에서 2021년 1월에 걸쳐 총 15명의 연구 참여자들을 대상으로 하여, 개별심층면접을 수행하였다. 인터뷰에 소요된 시간은 최소 1시간부터 2시간 최대 3시간이 소요되었다. 인터뷰는 코로나 19로 인하여 대부분 유선, 영상통화를 통한 면접으로 진행되었으며, 미리 이메일을 통하여 설문지를 제공한 후 답변을 받고 이를 확인하는 형태로 이루어지는 경우도 있었다. 면접의 핵심 질문은 실무 현장에서 실제 취약계층 아동·청소년의 개인정보가 무단히 도용되는 등으로 개인정보자기결정권의 침해가 일어나고 있는지, 그 심각성과 이에 대한 현장의 대응, 원하는 방향의 개선점에 관한 것이었다.

연구참여자들은 아동복지시설, 청소년복지시설, 아동보호전문기관의 장과 종사자, 그리고 취약계층 아동·청소년의 법률조력을 해본 경험이 있는 변호사들이었다. 총 15명의 연구참여자들의 성별분포는 남자가 53%, 여자가 47%였고, 연령대별로 20대 6%, 30대 47%, 40대 20%, 50대 27%로 30대가 가장 많았으며, 업무경력은 5년 미만이 13.3%, 5년 이상 10년 미만이 33.3%, 10년 이상 20년 미만이 13.3%, 20년 이상이 40%로, 20년 이상 장기경력자가 가장 많았다.

[표 2] 연구참여자 특성

연번	분류		연구참여자 기호	성별	연령	아동·청소년 업무관련 경력
1	아 동 복 지 시 설 중 사 자	시설장	시설장 A	남	50대	25년
2			시설장 B	여	40대	23년
3			시설장 C	남	50대	20년
4			시설장 D	여	40대	21년
5			시설장 E	남	50대	25년
6		종사자	종사자 F	남	30대	5년
7			종사자 G	여	30대	6년
8	청소년복지시설종사자		종사자 H	여	30대	7년
9			종사자 I	여	20대	3년
10	아 보 전	관장	시설장 J	남	50대	26년
11		팀장	종사자 K	여	30대	10년
12			종사자 L	남	30대	7년
13			종사자 M	남	40대	14년
14	변호사		변호사 N	여	30대	7년
15			변호사 O	남	30대	4년

### 제3절 | 아동·청소년 대상 연구의 윤리적 고려와 특수성

현행 「생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 ‘생명윤리법’이라 한다)」에 따르면, 연구자는 연구를 하기 전에 연구 대상자에게 연구의 목적 등 연구에 대한 충분한 정보와 설명을 제공해주고 동의를 획득하여야 하며, 동의 능력이 없거나 불완전한 사람으로서 보건복지부령이 정하는 연구대상자가 참여하는 연구의 경우에는 법정대리인 등의 서면동의를 받아야 하며, 기관위원회의 승인을 거치는 예외적인 경우에는 동의를 면제할 수 있으나 그 경우에도 대리인의 서면동의를 면제할 수 없다.<sup>8)</sup>

「생명윤리법 시행규칙」은 동의 능력이 없거나 불완전한 사람으로서 「아동복지법」에 따른 만 18세 미만의 사람, 즉 ‘아동’을 규정하고 있는데,<sup>9)</sup> 이에 따르면 만 18세 미만 아동을 대상으로 하는 연구의 경우, 연구자는 아동의 법정대리인으로부터 동의를 받아야 한다. 이러한 법률상의 제한으로 인하여 본 연구가 애초 취약계층 아동·청소년을 직접 연구대상으로 하여 개인정보자기결정권의 침해 현황과 불이익 등을 직접 청취하는 개별 심층면접의 연구 방법을 설계하였던 것을 아동·

8) 「생명윤리법」 제16조(인간대상연구의 동의) ① 인간대상연구자는 인간대상연구를 하기 전에 연구대상자로부터 다음 각 호의 사항이 포함된 서면동의(전자문서를 포함한다. 이하 같다)를 받아야 한다.

1. 인간대상연구의 목적
2. 연구대상자의 참여 기간, 절차 및 방법
3. 연구대상자에게 예상되는 위험 및 이득
4. 개인정보 보호에 관한 사항
5. 연구 참여에 따른 손실에 대한 보상
6. 개인정보 제공에 관한 사항
7. 동의의 철회에 관한 사항
8. 그 밖에 기관위원회가 필요하다고 인정하는 사항

② 제1항에도 불구하고 동의 능력이 없거나 불완전한 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 연구대상자가 참여하는 연구의 경우에는 다음 각 호에서 정한 대리인의 서면동의를 받아야 한다. 이 경우 대리인의 동의는 연구대상자의 의사에 어긋나서는 아니 된다.

1. 법정대리인
2. 법정대리인이 없는 경우 배우자, 직계존속, 직계비속의 순으로 하되, 직계존속 또는 직계비속이 여러 사람일 경우 협의하여 정하고, 협의가 되지 아니하면 연장자가 대리인이 된다.

③ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 기관위원회의 승인을 받아 연구대상자의 서면동의를 면제할 수 있다. 이 경우 제2항에 따른 대리인의 서면동의를 면제하지 아니한다.

1. 연구대상자의 동의를 받는 것이 연구 진행과정에서 현실적으로 불가능하거나 연구의 타당성에 심각한 영향을 미친다고 판단되는 경우
2. 연구대상자의 동의 거부를 추정할 만한 사유가 없고, 동의를 면제하여도 연구대상자에게 미치는 위험이 극히 낮은 경우

④ 인간대상연구자는 제1항 및 제2항에 따른 서면동의를 받기 전에 동의권자에게 제1항 각 호의 사항에 대하여 충분히 설명하여야 한다.

9) 「생명윤리법 시행규칙」 제14조(대리인의 동의를 받아야 하는 연구대상자) 법 제16조 제2항에서 “보건복지부령으로 정하는 연구대상자”란 다음 각 호의 사람을 말한다.

1. 「아동복지법」 제3조 제1호의 아동
2. 그 밖에 대리인의 서면동의를 필요하다고 보건복지부장관이 정하여 고시하는 사람

청소년 관련 업무를 수행하는 종사자 등을 면담하는 것으로 부득이 수정할 수 밖에 없었다. 취약계층 아동·청소년의 경우 법정대리인이 여전히 동거하지 아니하는 친권자로 되어 있는 경우가 대부분으로 친권자와 연락이 닿지 않는 경우가 많았으며, 연락 가능하다 하더라도 친권자가 자녀인 취약계층 아동·청소년의 권리를 남용하고 명의를 도용하는 피해에 대한 현황을 직접 확인하고자 하는 본 연구의 내용을 설명받은 친권자가 자녀에게 연구에 응할 것을 허락하는 것을 기대하기 어려웠기 때문이다.

다만, 이러한 연구대상자로서 아동·청소년의 참여에 있어 법정대리인의 동의를 요구하는 현행 「생명윤리법」 역시도 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현에 있어 제약적으로 작용하는 법률인 바 본 연구에 앞서 이에 대한 문제점을 간단히 검토하고자 한다.

현행 「생명윤리법」은 아동·청소년을 대상으로 하는 연구에 있어 아동·청소년을 취약한 연구대상자로 보아 이들을 존중하고 두텁게 보호하기 위하여 법정대리인의 동의를 반드시 얻도록 하고 있는 것으로 보인다. 다만, 이러한 취지와 달리 연구 목적에 비추어 오히려 법정대리인의 동의 획득이 아동·청소년의 존중과 보호에 부합하지 않는 경우가 있을 수 있다. 본 연구와 같이 법정대리인의 이익과 권리주체인 아동·청소년의 이익이 상충하는 경우가 이에 해당할 수 있다. 또한 아동·청소년의 일탈·비행·학교폭력·아동학대·성폭력 등 법정대리인에게도 쉽게 공유할 수 없는 사회적 규범에 어긋나는 내용의 보고가 수반되는 경우나, 피임·성관계·낙태 경험과 같이 개인의 사생활과 깊이 관계되는 경우에도 법정대리인의 동의를 얻기는 쉽지 않을 것이다. 아동·청소년들의 경험 보고를 통하여 실태를 파악하고 보호와 지원을 위한 방안을 검토하는 취지의 연구들은 다양하게 설계될 수 있음에도 불구하고, 이러한 법정대리인의 동의 규정은 이러한 연구설계를 가로막는 장애물이 되고 있다.

또한 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 「개인정보보호법」의 경우, 만 14세 이상 아동의 경우 독자적으로 개인정보 처리에 동의를 할 수 있도록 하고, 개인정보처리자에게 개인정보열람 등을 요구할 수 있는 것과 비교할 때,<sup>10)</sup> 「생명윤리법」이 「개인정보보호법」의 기준보다 높은 만 18세 미만에 대하여 일률적으로 법정대리인의 대리동의를 요구하는 것은 법체계적으로도 맞지 아니 하다.

10) 「개인정보보호법」 제22조(동의를 받는 방법) ⑥ 개인정보처리자는 만 14세 미만 아동의 개인정보를 처리하기 위하여 이 법에 따른 동의를 받아야 할 때에는 그 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 이 경우 법정대리인의 동의를 받기 위하여 필요한 최소한의 정보는 법정대리인의 동의 없이 해당 아동으로부터 직접 수집할 수 있다. 제38조(권리행사의 방법 및 절차) ② 만 14세 미만 아동의 법정대리인은 개인정보처리자에게 그 아동의 개인정보 열람등요구를 할 수 있다.

오히려 본 연구에서 문제삼고 있는 바와 같이, 단순히 법정대리인의 동의를 형식적으로 확인하는 것만으로는 아동·청소년의 보호목적을 달성할 수 없거나, 경우에 따라 아동·청소년의 개인정보자기결정권을 침해하는 경우도 발생할 수 있으므로, 「생명윤리법」상 연구대상자로서의 아동·청소년의 보호 취지를 살리기 위하여 법정대리인의 동의를 원칙적으로 요구하면서도, 일정한 경우 법정대리인의 동의 없이 연구가 진행될 수 있는 예외를 두고, 필요한 경우 법정대리인 동의 외에 추가적인 보호장치도 마련하는 등의 동법에 대한 구체적인 개정이 필요하다 할 것이다.<sup>11)12)</sup>

11) 같은 견해로, 최슬비 외, 「아동대상연구에 있어 대리동의 획득 원칙에 대한 예외 인정의 필요성과 법적 문제」, 『생명윤리』 제20권 1호(통권 제39호), 2019.

12) '아동과 청소년을 대상으로 하는 연구에 있어, 이들을 취약하기에 보호받아야 하는 대상으로 여기며 연구에 참여 시키거나 연구 과정에서 중요한 주체자로 인식하지 않고 수동적인 참여자로만 여겨온 그간의 관행에서 벗어나, 다양한 상황에서 아동청소년대상연구가 윤리적인 방식으로 계획되고 수행될 수 있도록'하는 것을 목적으로 하여 UNICEF Office of Research와 Childwatch International Research Network 등이 공동으로 진행한 'Ethical Research Involving Children Project(이하 'ERIC 프로젝트'라 한다)'의 결과를 담은 보고서로, 한국 청소년정책연구원(역)·유니세프한국위원회(감수)(2014.12), 『아동 및 청소년을 대상으로 하는 윤리적인 연구』가 발간되어 있다.

## 제2장 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권

### 제1절 개인정보자기결정권 일반론

#### I 개인정보자기결정권의 의의

##### 1. 자기결정권의 의의

자기결정권이라 함은 개인이 자신의 삶 전반에 걸친 일체의 사항에 관하여 스스로 자유롭게 결정하고 행동하며, 통제할 수 있는 권리를 의미한다. 자기결정권의 헌법적 근거에 관하여, 헌법재판소는 ‘헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권과 행복추구권은 개인의 자기운명 결정권을 전제하는 것’이라고 판시하거나,<sup>13)</sup> ‘자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 것’이라고 판시하고 있는 바,<sup>14)</sup> 일반적으로는 인격권과 행복추구권에서 자기결정권을 도출하고 있는 것으로 보인다.

자기결정권은 개인이 자신의 문제를 스스로 해결한다는 점에서 사적자치의 원칙과 밀접한 연관이 있다. 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 가지는 결정·통제권인 개인정보자기결정권은 자기결정권의 구체적인 한 유형이며, 결국 개인정보자기결정권은 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 행하는 사적자치의 권리라 할 것이다. 오늘날의 개인정보는 이용가치가 있는 재산이자 개인 식별요소로서의 정보주체의 인권과 밀접한 관계를 가지고 있는 바, 개인정보자기결정권은 정보주체가 자신의 재산과 인권에 관하여 스스로 결정하는 자기결정권이라고 볼 수도 있다.<sup>15)</sup>

13) 헌법재판소 2019. 6. 28. 2018헌바128

14) 헌법재판소 2015. 7. 30. 2014헌바298, 헌법재판소 2019. 8. 29. 2018헌바210

15) 김강운, 「헌법상 자기결정권의 의의」, 『법학연구』 제20집, 2005, 165면.

## 2. 개인정보의 개념

개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 「개인정보보호법」에 따르면, 개인정보란 ‘살아있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보, 또는 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보, 가명정보’를 말한다.<sup>16)</sup> EU의 일반개인정보보호규정(General DataProtection Regulation, GDPR)상의 개인정보의 정의는 식별되거나 식별될 수 있는 자연인에 관한 정보를 의미하고, 식별되는 자연인이란 이름·식별번호·위치정보·온라인 식별표시 또는 그 자연인의 신체적·생리적·유전적·정신적·경제적·문화적 또는 사회적 정체성을 특정하는 한 개 또는 그 이상의 요소를 통하여 간접적 또는 직접적으로 식별될 수 있는 사람을 말한다.<sup>17)</sup>

정보로서의 개인정보는 타인에 의해 이용가치가 있는 것이라고 말할 수 있고, 개인식별자로서의 개인정보는 개인을 특정하는 것으로서 정보주체의 허락없이 타인에 의하여 임의로 이용되는 것이 금지된다. 이처럼 개인정보 이용이라는 측면에서 정보로서의 성격과 개인정보 보호라는 측면에서의 개인 식별자로서의 성격을 동시에 가지는 바, 이를 어떻게 조화롭게 구현할 것인지가 항상 논란이 되어 왔다.

16) 「개인정보보호법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 정보를 말한다.

가. 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보

나. 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보. 이 경우 쉽게 결합할 수 있는지 여부는 다른 정보의 입수 가능성 등 개인을 알아보는 데 소요되는 시간, 비용, 기술 등을 합리적으로 고려하여야 한다.

다. 가목 또는 나목을 제1호의2에 따라 가명처리함으로써 원래의 상태로 복원하기 위한 추가 정보의 사용·결합 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없는 정보(이하 “가명정보”라 한다)

17)	GDPR Article 4 (1)	유럽일반개인정보보호법 제4조 (1)
	‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;	‘개인정보’란 식별되거나 식별 가능한 자연인(‘정보주체’)에 관한 정보를 의미한다. 식별 가능한 자연인이란 특히 이름, 식별번호, 위치정보, 온라인 식별자 또는 물리적, 생리적, 유전적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성에 특정되는 하나 이상의 요인과 같은 식별자를 참고하여 직접적으로 또는 간접적으로 식별될 수 있는 사람이다.

### 3. 개인정보자기결정권의 내용

개인정보자기결정권이란 정보주체가 자신에 관한 개인정보의 수집·이용·제공 등의 처리에 있어 그 방식과 범위 등을 결정하고 통제할 수 있는 권리를 말한다. 정보주체는 자신에 대한 개인정보가 언제, 어느 범위까지, 어떠한 방식으로 처리될 것인가를 스스로 결정할 수 있다. 또한 정보주체는 개인정보자기결정권의 내용으로서 자신에 관한 개인정보의 공개 등에 있어서도 통제권을 가지며, 자신에 관한 개인정보를 언제, 어느 범위까지, 어떠한 방식으로 공개하고 알릴 것인가를 결정할 수 있다. 따라서 개인정보자기결정권은 개인정보자체를 보호하는 권리가 아니라 개인정보의 처리에 대한 정보주체의 결정권 내지 통제권을 보호하는 것이다.<sup>18)</sup>

### 4. 개인정보자기결정권의 헌법적 근거

헌법재판소는 특히 개인정보자기결정권에 대하여 ‘인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활 비밀과 자유에 의하여 보장된다’고 판시하기도 하고,<sup>19)</sup> ‘헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보 자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두 개에 국한시키는 것은 바람직 하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보 자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.’라고 판시하여 개인정보자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제37조 제1항에서 찾기도 하였다.<sup>20)</sup>

## II 정보주체 동의를 통한 개인정보자기결정권의 구현

개인정보자기결정권은 개인정보 그 자체를 보호하는 것이 아니라, 개인정보에 대한 권한을 가지고 통제할 수 있는 정보주체의 권능을 중심으로 논의되는 바, 결국 정보주체와의 관련성이 핵심

18) 김태오, 『데이터주도 혁신시대의 개인정보자기결정권』, 『행정법연구』 제55호, 2018, 38면

19) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282

20) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513

적인 요인이라고 할 것이다. 현행 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 「개인정보보호법」에 따르면, 정보주체는 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리를 가지고, 개인정보의 처리에 관한 동의 여부·동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리를 가지며, 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람을 요구할 권리를 가진다. 또한 정보주체는 개인정보의 처리의 정지, 정정, 삭제 및 파기를 요구할 권리를 가지고, 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리를 가진다.<sup>21)</sup>

이 중 핵심적인 내용은 정보주체의 허락, 즉 ‘동의’에 따라 개인정보의 처리 등이 결정된다는 것으로, 개인정보는 원칙적으로 정보주체의 허락 없이 타인에게 임의로 전달되거나 수집되거나 이용될 수 없다는 것이다. 「개인정보보호법」은 이처럼 정보주체가 자신의 개인정보의 처리·공개에 앞서 ‘사전 동의’를 하도록 하는 방식을 채택함으로써 정보주체의 개인정보자기결정권을 구현하고 있고,<sup>22)</sup> 구체적인 규정도 두고 있다.<sup>23)</sup> 이러한 동의가 이루어지기 위해서는 정보주체가 개인정보의 처리 시 발생할 수 있는 문제의 가능성을 인식하고 동의 여부를 충분히 검토하여 결정하여야 한다.

21) 「개인정보보호법」 제4조(정보주체의 권리) 정보주체는 자신의 개인정보 처리와 관련하여 다음 각 호의 권리를 가진다.

1. 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리
2. 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리
3. 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람(사본의 발급을 포함한다. 이하 같다)을 요구할 권리
4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리
5. 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리

22) 같은 견해로, 노현숙, 「개인정보자기결정권에 관한 검토」, 『헌법논총』, 제30권, 2019, 126쪽 이하

23) 「개인정보보호법」 제15조(개인정보의 수집·이용) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

제17조(개인정보의 제공) ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제3자에게 제공(공유를 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

제18조(개인정보의 목적 외 이용·제공 제한) ① 개인정보처리자는 개인정보를 제15조 제1항 및 제39조의3 제1항 및 제2항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제17조 제1항 및 제3항에 따른 범위를 초과하여 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.

② 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다. 다만, 이용자(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제4호에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)의 개인정보를 처리하는 정보통신서비스 제공자(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제3호에 해당하는 자를 말한다. 이하 같다)의 경우 제1호·제2호의 경우로 한정하고, 제5호부터 제9호까지의 경우는 공공기관의 경우로 한정한다.

1. 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우

사전동의의 방식을 통하여 개인정보자기결정권을 구현한 「개인정보보호법」의 취지를 일관한다면, 정보주체의 동의 없이 개인정보를 사용하는 행위나 정보주체에게 개인정보를 제공하도록 강요하는 행위는 개인정보자기결정권의 침해라 할 것이다. 이하의 논의로서 취약계층 아동·청소년의 자기정보자기결정권 구현 역시도 결국 개인정보의 처리·공개 등에 있어 아동·청소년의 동의가 어떻게 이루어지는지를 검토함으로써 확인할 수 있다.

## 제2절 | 아동·청소년 개인정보자기결정권의 특수성

### I 아동·청소년에 있어 자기결정권

이상의 논의에서 살펴본 바와 같이 자기결정권은 개인이 스스로 자신의 삶에 대하여 결정할 수 있는 권리로써 인간의 존엄성과 행복추구권을 실현하는 기본권으로 볼 수 있는 바, 아동·청소년에게도 자기결정권을 보장하여야 함은 자명하다. 다만, 기본권의 ‘보유’의 관점이 아닌 ‘행사’의 관점에서 보건대, 자기결정권 행사에는 자율적인 책임이 수반되어야 하고, 그 책임을 인정하기 위하여 의사결정에 필요한 인지능력, 판단능력이 전제되어야 하는 바, 아동·청소년에게 전면적인 자기결정권을 보장하는 경우 오히려 아동 최상의 이익에 반하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 이에 아동·청소년에게 자기결정권 행사에 필요한 능력이 부족한 경우 보호자 등의 도움을 받도록 하는 것이 아동과 사회의 이익 측면에서 바람직하다 할 것이다.

헌법재판소는 ‘아동·청소년은 되도록 국가의 방해를 받지 않고 자신의 인격, 특히 성향이나 능력을 자유롭게 발현할 수 있는 권리를 가지는 독자적 인격체이고, 그들의 자기결정권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다.’고 하면서도<sup>24)</sup>, ‘우리 사회는 미성년자의 의사능력이 미약하다는 전제를 받아들이고 있고, 이러한 전제하에서 미성년자는 다른 영역에서도 판단능력 내지 결정능력이 미약하다고 추단될 수 있다.’고 판시함으로써<sup>25)</sup>, 아동·청소년의 의사능력이 미성숙하다는 추정을 근거로 아동·청소년의 자기결정권 행사에 있어 제한할 수 있는 길을 열어두고 있다.

24) 헌법재판소 2015. 3. 26. 2013헌마517

25) 헌법재판소 2012. 4. 24. 2010헌마437

## II 아동·청소년의 자기결정권 제한 근거

존 스튜어트 밀, 존 로커, 제레미 벤담 등의 철학자들은 아동·청소년의 자기결정권 제한의 근거를 아동의 무능력에서 찾았다.<sup>26)</sup> 인지능력과 판단능력이 미약한 아동이 자기결정권을 행사함으로써 타인에게 위험을 야기할 수 있는 경우와 아동 자신의 이익이 훼손되는 경우라면 자기결정권을 제한하여야 한다는 것이다. 전자는 책임주의 관점으로, 후자는 후견주의 관점으로 설명되어질 수 있다.

책임주의는 개인이 결정할 수 있는 사항이라고 하더라도 이로써 타인의 자유와 권리에 해가 된다면 자기결정권을 제한받게 된다는 것으로, 기본권의 일반적인 제한에 관한 헌법 제37조 제2항에서 그 근거를 찾을 수 있다. 후견주의는 자기결정권은 일정한 능력을 전제로 한 자율성을 본질로 하는데, 그 능력이 미약한 아동·청소년의 자기결정은 완결적 의미의 자기결정이라고 할 수 없다는 자기결정권의 내재적 한계가 있는 바, 아동·청소년 본인의 이익을 위하여 부모 등의 보호자와 국가 등이 후견적으로 그 의사결정에 개입함으로써 자기결정의 흠결을 보충할 수 있다는 것이다. 다만 이러한 후견주의적 개입과 제한은 보호자가 아동·청소년을 위하여 가장 복리에 부합하는 적합한 선택을 할 수 있는 의사와 능력이 있다는 가정을 전제로 하는 바, 본 연구에서 문제삼고 있는 제 역할을 하지 못하는 보호자의 자녀인 아동·청소년으로서는 이러한 보호자의 후견주의적 개입을 기대하기 어렵다. 이러한 경우 보호자를 대신하여 국가와 사회가 적극적으로 아동·청소년의 자기결정권을 아동 최상의 이익에 부합하도록 실현할 수 있도록 후견주의적으로 개입하여야 할 것이다.

## III 아동·청소년의 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권은 정보주체가 자신과 관련된 개인정보에 대하여 처리·공개 등을 결정하고 통제하는 권리를 말하며, 이는 현재 개인정보에 대한 기본법이라 할 수 있는 「개인정보보호법」상 ‘사전동의’라는 구체적인 태양을 통하여 실질적으로 구현되고 있고, ‘사전동의’를 통한 개인정보자

26) 정기상, 「아동의 자기결정권에 관한 헌법적 고찰 - 의료영역에 있어 아동의 자기결정권 논의를 중심으로-」, 『헌법재판연구』 제6권 제2호, 2019, 160쪽 이하; John Stuart Mill(1806~1873)은 공리주의에 입각하여 개인의 자유와 권리의 중요성을 주장하면서도 그것이 타인에게 위험을 야기할 때에는 제한될 수 있다고 보았고, 따라서 개인의 자유와 권리는 성숙하고 합리적이며 능력 있는 성인에게만 주어질 수 있을 뿐, 아동에게는 제한될 수 있다고 하였다. John Locke(1632~1704)는 개인이 스스로의 의지에 따라 자유를 행사하려면 이성을 가지고 있어야 하는바, 부모들이 권위를 가지고 자녀인 아동들을 그들의 선택에 따라 양육할 수 있는 것은 부모들이 이성을 가지고 있기 때문이라고 주장하였다. Jeremy Bentham(1748~1832) 또한 성인이 아동들을 보호할 권위를 갖게 되는 것은 아동들의 지적인 능력이 성인보다 낮기 때문이라고 지적하였다.

기결정권의 구현의 전제는 정보주체가 ‘사전동의’를 통하여 처리·공개되는 자신의 개인정보가 무엇인지, 또 발생하는 문제가 무엇인지를 숙지하고 이를 행하여야 한다는 것임은 이상에서 살펴본 바와 같다. 아동·청소년의 경우 자기결정권 행사에 있어 적합한 선택을 할 수 있는 능력이 미약할 수 있어, 아동·청소년의 복리에 부합하는 최선의 선택을 위하여 보호자 등이 후견적으로 개입할 수 있다 할 것이다. 이에 「개인정보보호법」은 보호자가 아동·청소년을 대리하여 동의할 수 있는 근거 규정을 마련하고 있는 등 후견주의적 개입의 여지를 열어두고 있다.

## 1. 아동·청소년 개인정보 수집과 이용

「개인정보보호법」은 개인정보처리자가 정보주체로부터 개인정보를 수집하여 이용하고자 하는 경우 그 정보주체로부터 동의를 받아야 하며 아동의 경우 이러한 동의를 아동 그 자신으로부터가 아닌 법정대리인으로부터 받도록 하고 있다. 현행 「개인정보보호법」 제22조는 개인정보처리자가 만 14세 미만 아동의 개인정보를 처리하기 위하여 동의를 받아야 하는 경우, 그 법정대리인의 동의를 받아야 하고, 법정대리인의 동의를 받기 위하여 필요한 최소한의 정보는 법정대리인의 동의 없이 해당 아동으로부터 직접 수집할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 또한 만 14세 미만 아동의 법정대리인은 개인정보처리자에게 그 아동의 개인정보 열람등을 요구할 수 있다고 규정한다.<sup>28)</sup>

위 조항을 반대로 해석하면, 만 14세 이상의 아동·청소년의 경우 개인정보 수집·이용 동의와 열람 요구에 있어 독자적으로 자기결정권을 행사할 수 있다 할 것이다. 다만 후술하는 바와 같이 민법상 미성년자의 법률행위에 대하여 법정대리인이 갖는 동의권<sup>29)</sup>과의 관계를 검토해 볼 필요가 있다.

## 2. 「개인정보보호법」상 법정대리인 동의의 법적 성질

「민법」 제5조는 미성년자에 대한 법정대리인의 동의에 대한 일반규정으로서의 역할을 한다. 「민법」은 19세 미만의자인 미성년자가 법률행위를 하는 경우에는 법정대리인의 동의가 있어야 한다는 점을 규정하고 있으며, 예외적으로 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위에 대해서는 법

27) 「개인정보보호법」 제22조 제6항

28) 「개인정보보호법」 제38조 제2항

29) 「민법」 제5조(미성년자의 능력) ① 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 그러나 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다.

② 전항의 규정에 위반한 행위는 취소할 수 있다.

정대리인의 동의가 없더라도 유효한 법률행위를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 미성년자는 법률행위를 위한 의사표시를 하기 위한 능력이 미약하다는 점을 전제로 하고 있는 것이다. 마찬가지로 아동이 자신의 개인정보를 제공하는 것에 있어 일정한 법률적인 효과가 발생할 수 있으므로, 「민법」과 같은 맥락에서 법정대리인의 동의를 규정하고 있는 것<sup>30)</sup>으로 일견 생각할 수 있다. 그러나 「개인정보보호법」상의 법정대리인의 동의는 「민법」상의 그것과 다음과 같은 부분에서 다른 바, 별도의 규정을 두고 있는 것으로 보아야 한다.

우선, 「민법」상 법정대리인의 동의는 법률행위만을 규율하고 있으므로, 비법률행위나 사실행위와 같은 경우 법정대리인의 동의 규정이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 또한, 법정대리인의 동의 없이 독자적으로 할 수 있는 행위를 인정하는 예외 규정도 두고 있다. 법정대리인의 동의가 없다 하더라도 미성년자는 법률행위를 할 수 있으며, 법정대리인 또는 미성년자가 적극적으로 그 행위를 취소하지 않는 경우에는 법률행위에 따른 법률효과는 유지된다. 그러나 「개인정보보호법」의 동의는 이러한 제한을 두고 있지 아니하므로, 법률행위만이 아닌 비법률행위나 사실행위, 그리고 「민법」상 동의 예외에 해당하는 사항까지 모두 포함하여 법정대리인의 동의를 요한다고 해석하여야 한다. 즉, 「개인정보보호법」상 법정대리인의 동의 규정은 아동·청소년을 대상으로하는 어떠한 경우라도 개인정보 수집·이용 등에 있어 반드시 법정대리인의 동의를 받아야 한다는 것을 의미한다. 법정대리인의 동의를 받지 않고 수집한 아동의 개인정보는 법률행위 취소의 차원을 넘어 그 자체가 「개인정보보호법」 위반의 불법적인 수집이 되어<sup>31)</sup> 무효라고 판단되어야 하며, 불법행위로 인한 손해배상의 책임도 부담해야 한다.<sup>32)</sup>

30) 한국정보보호진흥원, 『개인정보보호백서』, 2003, 153쪽 ; 2001년도 정보통신망법의 개정으로 만 14세 미만 아동에 대한 법정대리인의 동의를 의무화하는 규정이 신설된 것에 대하여, 만 14세 미만의 아동에 대해서는 판단력이 부족한 아동이라고 설명하고 있다.

31) 「개인정보보호법」 제71조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제17조 제1항 제2호에 해당하지 아니함에도 같은 항 제1호를 위반하여 정보주체의 동의를 받지 아니하고 개인정보를 제3자에게 제공한 자 및 그 사정을 알고 개인정보를 제공받은 자

제75조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 5천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제15조 제1항을 위반하여 개인정보를 수집한 자

32) 「개인정보보호법」 제39조(손해배상책임) ① 정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.

### 3. 「개인정보보호법」상 법정대리인 동의의 한계

이상의 논의와 같이 「개인정보보호법」은 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실현을 보다 실질화 하기 위하여 「민법」상의 법정대리인 동의제도보다 강력한 효력을 가지는 법정대리인 동의제도를 두고 있다 할 수 있으나, 아동의 개인정보 보호 및 개인정보자기결정권의 실질 구현의 측면에서 단순히 동의제도만을 둔 것이 과연 실효적인지에 대한 의문이 있다. 법률행위에 있어서 동의는 1회적인 것으로 충분한 경우가 대부분인 데 반해, 개인정보에 대한 이용·수집의 동의는 장기간 계속적인 이용을 전제하고 있기 때문이다.

개인정보는 일단 제공되고 나면 개인정보 처리자가 제시한 서비스제공기간 동안 끊임없이 이용되고 잘못된 이용이나 관리로 인한 문제가 추가적으로 발생할 수 있다. 개인정보 수집·이용에 대한 동의를 통하여 개인정보자기결정권의 구현을 구체화하고 있는 현행 「개인정보보호법」의 체계 내에서, 개인정보자기결정권이 제대로 구현되기 위해서는 개인정보 수집·이용의 의미와 발생할 수 있는 문제점을 알고 동의할 것이 전제되어야 한다고 전술한 바 있는데, 개인정보 장기간의 이용가능성과 추가문제 발생 가능성을 감안한다면, 제공시점에 법정대리인의 동의로서 부족하고 그 후 관리와 개인정보 이용과정에서의 효과를 어떻게 대응할 것인지에 대한 보완이 필요하다 할 것<sup>33)</sup>이다.

또 하나의 문제점은, 아동·청소년을 대리하여 동의를 하는 자가 법정대리인인지 여부를 명확히 확인할 수 있는 방법이 없다는 점이다. 이는 특히 온라인 상에서 이루어지는 대리동의의 경우에 문제가 된다. 기존 「민법」상 미성년자 법률행위에 대한 동의의 경우 다소 불완전 하기는 하였지만 법정대리인임을 증명하는 서류를 구비하여 제출함으로써 법정대리인 여부를 확인하였으나, 온라인 상으로는 이를 강제하기 어려운 실정이다. 「개인정보보호법」은 법정대리인 동의제도를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하는 강력한 벌칙규정을 두고 있는 등<sup>34)</sup> 과중한 입법을 두고 있음에도 불구하고, 정작 구체적인 동의절차 등에 대하여는 어떠한 언급도 하

33) 미국의 온라인아동프라이버시보호법 시행령(Children's Online Privacy Protection Rule : COPPA Rule17)은 아동·청소년의 개인정보 보호 및 개인정보자기결정권 구현에 있어 이와 같은 문제가 있음을 알고 실효적인 운영을 위한 두가지 측면의 접근을 시도하고 있는바, 첫 번째가 부모의 동의 전제 조건으로서 부모에 대한 직접 고지, 두 번째가 직접 동의 절차를 세분화 하는 방법이다. 구체적인 내용은 후술한다.

34) 「개인정보보호법」 제71조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

4의6. 제39조의3 제4항(제39조의14에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 법정대리인의 동의를 받지 아니하거나 법정대리인이 동의하였는지를 확인하지 아니하고 만 14세 미만인 아동의 개인정보를 수집한 자

지 아니하고 있다.<sup>35)</sup> 법정대리인임을 확인하는 합당한 절차를 두는 것은 비대면·불특정 다수의 이용자를 관리하여야 하는 개인정보처리자 등의 법정대리인 진위 확인 여부의 입증부담을 덜 뿐만 아니라, 한편으로 본 연구에서 문제되는 법정대리인이 아동·청소년 개인정보자기결정권을 침해하는 경우도 걸러낼 수 있다고 생각한다.<sup>36)</sup>

#### 4. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 현행 「개인정보보호법」상 만 14세 미만의 경우 개인정보 처리 등에 대한 의미와 향후 문제를 충분히 숙지한 것을 전제로 아동·청소년의 최상의 이익에 부합하는 후견적 개입을 할 것이라고 기대되는 법정대리인의 대리 동의를 통하여 이루어진다는 것이다. 그러나 이러한 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 법정대리인이 후견적인 역할을 제대로 하지 못하거나, 이를 넘어 침해·남용에 이르는 경우에 있어서는 이루어질 수 없는 것으로, 이러한 경우가 본 연구에서 문제삼고 있는 취약계층의 아동·청소년에게 다수 발생하고 있다는 것이다. 이에 이하에서는 취약계층 아동·청소년에게 개인정보자기결정권 침해 등이 발생하는 원인과 이를 방지할 수 있는 방안을 살펴보도록 하겠다.

### 제3절 | 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 관련 제문제

#### I 친권과 후견 관련 문제

취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 침해의 양상은 법정대리인이 아동·청소년의 최상의 이익을 위한 복리적인 개입이 아닌 아동·청소년 개인정보 관련 동의를 남용하거나 이를 넘어 침해하고 있다는 것이므로, 이는 결국 일반적인 미성년자에 대한 법정대리인의 동의에 있어 법정대리인의 권리의 남용과 같은 쟁점을 가진다고 할 것이다. 결국 친권자의 친권의 부작위·해태 및 남용이 아동·청소년의 개인정보자기결정권 구현에도 영향을 미친다. 이에 취약계층 아동·청소년

35) 다만, 2020. 12. 시행인 「게임산업진흥에 관한 법률」에서 청소년의 온라인 게임 이용 등에 있어 본인확인 및 법정대리인의 동의 방식을 상당히 구체적으로 규정하는바 이를 참고할 수 있을 것으로 보인다. 구체적인 내용은 이하 온라인 게임 표준약관 검토에서 언급하도록 한다.

36) 미 COPPA Rule의 경우도 마찬가지이다. Section 312.5(a)에서 사업자는 아동으로부터의 개인정보수집, 이용, 공개 이전에 확인가능한 부모의 동의를 받도록 하면서 구체적인 확인 가능한 부모의 동의절차로써 그 아동의 부모라는 것을 보장하기에 적합한 것이어야 한다고 하고 있다.

에게 있어 발생하는 친권자의 친권 남용 등과 후견 부재로 인하여 발생하는 일반적인 양상 중 개인정보자기결정권의 쟁점과 관련한 현황을 다음과 같이 정리해 보았다.

## 1. 현황 검토

본 연구의 대상으로 삼고 있는 취약계층 아동·청소년의 경우, 친권자 부모와 학대·빈곤·질병·수감 등의 사유로 분리되어 「아동복지법」에 따른 아동복지시설·공동생활가정·학대 피해아동쉼터 등에서 지내고 있다. 이와 같이 친권자와 분리되어 시설에서 생활하는 아동·청소년의 경우 원칙적으로 단기의 보호 이후 원가정으로 회복되어야 하나, 원가정 회복을 위한 양육환경 개선에 있어 친권자의 협조가 이루어지지 않거나 협조가 불가능한 사유로 인하여 사실상 「아동복지법」상 보호조치<sup>37)</sup>가 종료되는 만 18세가 되는 시점<sup>38)</sup>까지 위 아동복지시설 등에서 생활하게 되는 경우가 많다.

이와 같이 사실상 장기간 친권자와 거소가 분리되어 생활하는 아동·청소년에 대하여 실질적인 보호와 후견의 업무는 해당 시설의 장 또는 종사자들이 담당하고 있음에도 불구하고, 친권 제한·정지·상실 등의 친권관련조치는 이루어지지 않는바, 친권자는 자녀를 양육하고 보호하는 의무를 전혀 이행하지 아니하면서도 실질에 부합하지 않는 친권을 형식적으로 유지하고 있고, 아동·청소년들은 보호의 공백 속에 놓인 채 생활하고 있는 경우가 만연하다. 이러한 친권자의 친권 행사에서의 부작위 또는 해태는 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현에 큰 장애로 작용한다.

전술한 바와 같이 미성년자의 법률행위에 대하여는 「민법」에 따라 법정대리인의 동의가 필요하고, 만 14세 미만의 아동·청소년의 경우 개인정보의 처리·공개결정과 통제권을 행사하는 개인정보자기결정권의 구현을 위하여 「개인정보보호법」상의 법정대리인의 동의가 필요함에도 불구하고, 동의를 해 줄 형식상의 친권자가 그 역할을 하지 않음은 물론, 사실상 아동·청소년을 보호하

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

4. 보호대상아동을 그 보호조치에 적합한 아동복지시설에 입소시키는 것

38) 「아동복지법」 제16조(보호대상아동의 퇴소조치 등) ① 제15조 제1항 제3호부터 제5호까지의 보호조치 중인 보호대상아동의 연령이 18세에 달하였거나, 보호 목적이 달성되었다고 인정되면 해당 시·도지사, 시장·군수·구청장은 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 보호 중인 아동의 보호조치를 종료하거나 해당 시설에서 퇴소시켜야 한다.

고 있는 시설관계자들은 아무런 역할을 해줄 수가 없는 상황인 것이다. 이와 같은 친권(법정대리권)의 공백, 부작위, 해태상태에서 다음과 같은 현실적 문제들이 발생할 수 있다.

“몇 년전, 보호아동이 해외로 수학여행을 가게 되었는데, 여권을 발급해야 하는데 친권자 동의를 받아야 하잖아요. 그런데 친권자가 연락이 안되는 거예요. 아이는 가고싶어서 울고 불고 하는데 방법이 없어서 난감했던 기억이 있습니다.”(A 시설장)

“보호된 아이들이 정신과 치료가 필요한 경우가 많아요. 그런데 원칙적으로 정신과 진료와 처방에는 법정대리인의 동의가 있어야 한다고 합니다. 저희 경험상 치료를 받으면 아이들이 참 많이 좋아지는데, 의사선생님에게 강요할 수도 없고해서 외부 심리상담만 연계했습니다.”(C 시설장)

“보호 중인 아동이 자살시도가 있어서 긴급히 정신과 입원치료가 필요했는데, 입원 동의서에 친권자의 동의가 필요하다는 겁니다. 친권자와 현재 연락이 닿지 않아 다른 방법을 찾고 있습니다.”(B시설장)

“저희들 같은 공동생활가정의 경우, 아이들의 입소절차, 전입절차 등에 보호자들이 협조를 해서 진행되는데, 친권자가 아예 연락이 되지 않아 아이들의 전입절차가 진행이 되지 않아 난감했던 적이 있습니다. 가끔 조현병 등의 문제가 있어 소통이 어려워서 다른 협조가 되지 않는 경우도 있습니다.”(D 시설장)

“아이에게로 후원금이 상당히 들어와서 아이 명의 통장을 만들어 저희 그룹홈에서 관리를 하려고 하는데, 친권자가 동의하지 않아 개설 자체에 애를 먹은 적이 있습니다. 과거에는 이런 일들이 잦아서 그룹홈과 주로 거래하는 은행에 아이 입소 공문과 관공서 관련 서류를 제출하고 협조를 요청하는 방식으로 계좌를 개설하기도 하였는데, 개인정보보호법 제정되고 최근에 강화되면서 이런식의 통장개설은 완전히 불가능해졌습니다.”(E 시설장)

반면, 친권자가 아동·청소년에 대한 친권을 근거로 법정대리인으로서의 동의권 및 아동·청소년 개인정보 그 자체를 남용하면서 발생하는 문제도 상당하다. 아동·청소년이 시설에 입소하거나 가정위탁<sup>39)</sup>으로 보호받는 경우 생계급여(생계비),<sup>40)</sup> 양육보조금,<sup>41)</sup> 디딤돌씨앗통장(아동발달지원

계좌),<sup>42)</sup> 결연대상자 후원금<sup>43)</sup> 등을 지급 받기 위하여 아동명의로 통장을 개설하게 되는데, 친권에 대한 조치를 받지 아니한 친권자가 해당 통장을 분실신고 한 후 본인 단독으로 다시 계좌를 개설하여 해당 금원을 빼내서 소비하는 일이 종종 발생하고 있다. 또한 아동·청소년 명의를 무단으로 사용하여 휴대폰을 개설한 후 요금을 연체시켜 아동·청소년에게 독촉장이 오도록 하거나, 휴대폰 어플리케이션을 통하여 물품이나 게임아이템등을 구매하여 이러한 비용을 아동·청소년 명의 채무로 남겨놓는 경우도 있다.

“형제가 모두 저희 그룹홈으로 왔는데 오자마자 신용정보회사에서 독촉장이 날아오는거예요. 아이들이 아직 학교도 다니기 전인데 무슨 빚이 있나 싶어 보니, 애 엄마가 애들 명의로 핸드폰을 개통해서 쓰고는 요금을 안 낸 거예요. 요금을 내라고 계속 이야기 했는데 안내서 독촉장이 4년이나 왔었어요.”(B 시설장)

“이번에 코로나 때문에 재난지원금이 나왔잖아요. 애들 아빠가 그걸 또 알고는 통장에서 바로 그 돈을 빼서 가버렸더라고요. 같은 그룹홈 애들끼리 간식이라도 사먹는다고 신나서 나갔는데 애가 사색이 되어서 와서 미안하고 난감했어요.”(D 시설장)

“아빠가 수감 중인 아이였는데, 출소 몇 달 전부터 시설에 계속 편지를 보내는 거예요. 아이 통장에 손대지 말라면서요. 그러더니 출소와 동시에 아동 통장을 분실신고를 하고는 다시 통장을 개설 해서는 통장 안의 돈을 다 찾아간 거예요. 그게 아동 생계비라고 용돈같이 쓰는 통장인데, 그걸 다 써버렸더라고요. 아이가 너무 황당해해서 경찰에 신고할까도 생각했는데, 또 친아빠라고 그러지 말라고 하더라고요. 그 이후에 은행을 찾아가서 다시

39) 「아동복지법」 15조(보호조치) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 그 관할 구역에서 보호대상아동을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받은 때에는 아동의 최상의 이익을 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호에 해당하는 보호조치를 하여야 한다.

3. 아동의 보호를 희망하는 사람에게 가정위탁하는 것

40) 보건복지부, 『아동분야사업안내 1』, 2020, 141쪽에 따르면, 부모 등의 생계비 사전편취 문제시 기초생계급여 담당부서와 협조(아동권리과-5796호 2019.11.8.)라고 기재되어 있는 등, 친권자의 생계비 편취가 문제가 되고 있음을 확인할 수 있음

41) 가정위탁보호시 아동 1인당 월 300천 원에서 500천 원 이상 차등 지급하고, 아동의 계좌로 지급받는 것이 원칙이다 ; 보건복지부, 『아동분야사업안내 1』, 2020, 77쪽 참조

42) 저소득층 아동의 사회진출 시 학자금·취업·창업·주거마련 등에 소요되는 초기비용 마련을 위하여 마련된 “아동 발달지원계좌(CDA : Child Development Account)” ; 보건복지부, 『아동분야사업안내 2』, 2020, 41쪽 참조

43) 결연후원자가 결연대상자에게 제공한 후원금으로 금융기관 지로, 자동이체, 계좌이체, 카드결제로 불입 위탁법인인 ‘어린이재단’으로 접수한 후, 어린이재단은 접수된 후원금을 월말에 취합해 다음 달 12일 이전까지 결연대상자의 개인계좌로 입금 ; 보건복지부, 『아동분야사업안내 1』, 2020, 120쪽 참조

분실신고를 해달라고 요청하고 통장 재발급 받았어요. 그것도 몇 년 전 이야기지, 요즘은 제가 아이에 대해서 아무런 권한이 없기 때문에 친권자가 저렇게 나올 경우 다시 어찌할 방법이 없어요. 구청에 이야기 해봤지만 구청 담당자도 애 아빠가 민원이 너무 심하니까 그냥 난감해 할 뿐이더라고요.”(A 시설장)

“만9세때 시설에 맡겨져서 부모랑 완전히 연락도 두절되고 살았는데, 만 19세가 돼서 자신 명의의 핸드폰을 개설하려고 갔는데 거절당한거예요. 140만 원이나 연체요금이 있었어요. 부모가 아예 연락도 끊고 살던 자식 명의로 그렇게 빚을 지워두고 있었더라니까요. 부모에게 연락해서 설득해서 갚아달라고 했는데 거절해서 아이가 많이 상처 받았어요. 그래도 부모를 고소하거나 그리고 싫어하진 않더라고요.”(H 종사자)

“애들 엄마가 애들 몰래 핸드폰을 개설해서 요금을 연체했었어서, 겨우 해결을 했는데 그 사이 또 휴대폰을 개설한거예요. 통신사에게 항의를 했는데 자기들은 필요한 서류를 다 받고 진행한거라 잘못된게 없대요.”(F 종사자)

“아동의 친권자가 아동 명의로 휴대폰 요금, 어플리케이션 결제 요금 등을 연체한 채로 연락이 두절되었고, 아동이 성인이 됨과 동시에 이를 갚지 못하면 신용불량자가 될 처지였습니다. 친권자의 신변자세를 파악할 수 없어 경찰의 도움을 얻고자 사기 등으로 고소를 진행하려고 하였으나, 아동의 반대로 진행하지 못하였습니다. 대신 소멸시효를 주장하여 상당한 금액을 탕감받아 다행히 신용불량의 위험에서는 벗어나게 되었습니다.”(N 변호사)

“친권자의 연락에 아동이 응하지 않자, 화가 난 친권자가 아동의 핸드폰을 임의로 정지시켜 버린 적이 있었습니다. 아동에게 자신이 아직도 맘만 먹으면 영향력을 미칠 수 있다는 것을 아주 미성숙한 방법으로 표현한 것이지요. 아직 원가정으로 회복시키기에는 양육준비가 되지 않은 부모가 참 많습니다.”(J 시설장)

위와 같은 경우는 친권의 남용으로서 구성하여 적극적으로 친권에 관한 조치를 취하여 대응하여야 함에도 현장에서는 절차의 복잡함 등의 여러 사정을 들어 친권관련 조치를 실시하지 않고 있는 바, 친권 남용 등으로 인한 취약계층 아동·청소년들의 피해도 상당한 상황이다.

## 2. 친권관련 조치와 미성년 후견 현황 검토

현행법상 친권관련 조치로는 친권의 상실·일시정지·제한이 있으며, 그 구체적인 내용은 다음과 같다. 친권관련조치가 이루어진 경우, 아동·청소년에 대한 법정대리인의 업무를 할 미성년후견인을 신속히 선정하여야 할 것이다.

그러나 친권 관련 조치에 대하여 2019년 한 해 동안 마류 가사비송사건으로 친권상실선고등은 183건에 불과한 것으로 확인되며,<sup>44)</sup> 「아동학대처벌법」을 통한 친권관련조치 역시 아동보호사건<sup>45)</sup> 1건,<sup>46)</sup> 피해아동보호명령 69건 만이 확인되고, 친권자의 친권 부작위·해태 등이 있을 경우 활용되는 친권자 동의에 갈음하는 결정<sup>47)</sup>이 22건 확인될 뿐이다.<sup>48)</sup>

44) 법원행정처, 『2020 사법연감』, 2020, 608쪽

45) 「아동학대처벌법」 제36조(보호처분의 결정 등) ① 판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 보호처분을 할 수 있다.

1. 아동학대 행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한
2. 아동학대 행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조 제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한
3. 피해아동에 대한 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지
4. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 사회봉사·수강명령
5. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰
6. 법무부장관 소속으로 설치한 감호위탁시설 또는 법무부장관이 정하는 보호시설에의 감호위탁
7. 의료기관에의 치료위탁
8. 아동보호전문기관, 상담소 등에의 상담위탁

46) 보건복지부·중앙아동보호전문기관, 『2019 아동학대 주요통계』, 2020, 45쪽

47) 「아동학대처벌법」 제47조(가정법원의 피해아동에 대한 보호명령) ① 판사는 직권 또는 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 청구에 따라 결정으로 피해아동의 보호를 위하여 다음 각 호의 피해아동보호명령을 할 수 있다.

1. 아동학대 행위자를 피해아동의 주거지 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리
2. 아동학대 행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한
3. 아동학대 행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조 제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한
4. 피해아동을 아동복지시설 또는 장애인복지시설로의 보호위탁
5. 피해아동을 의료기관으로의 치료위탁
- 5의2. 피해아동을 아동보호전문기관, 상담소 등으로의 상담·치료위탁
6. 피해아동을 연고자 등에게 가정위탁
7. 친권자인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지
8. 후견인인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 후견인 권한의 제한 또는 정지
9. 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정

48) 보건복지부·중앙아동보호전문기관, 『2019 아동학대 주요통계』, 2020, 42쪽



[그림 4] 2019년도 친권관련 보호처분 처리건수

구분		건수(비율)	
판결	보호처분	접근행위제한+사회봉사·수강명령	1 (0.0)
		접근행위제한+사회봉사·수강명령+보호관찰	2 (0.0)
		접근행위제한+상당위탁	4 (0.0)
		접근행위제한+전기통신이용 접근행위제한	10 (0.1)
		접근행위제한+전기통신이용 접근행위제한+보호관찰+상당위탁	1 (0.0)
		접근행위제한+전기통신이용 접근행위제한+사회봉사·수강명령	2 (0.0)
		접근행위제한+전기통신이용 접근행위제한+사회봉사·수강명령+보호관찰	1 (0.0)
		접근행위제한+전기통신이용 접근행위제한+상당위탁	2 (0.0)
		치료위탁	10 (0.1)
		치료위탁+상당위탁	6 (0.1)
		친권행사제한	1 (0.0)
		친권행사제한+보호관찰+치료위탁	1 (0.0)
		파악불가	36 (0.3)
		보호처분 소계	1,410 (12.8)
	형사처벌	벌금	90 (0.8)
		벌금+아동학대치료프로그램 이수	11 (0.1)
		벌금+아동학대치료프로그램 이수+취업제한	2 (0.0)
		벌금+취업제한	1 (0.0)
		선고유예	3 (0.0)
		징역	54 (0.5)
		징역+몰수	1 (0.0)
		징역+몰수+아동학대치료프로그램 이수+취업제한	1 (0.0)
		징역+몰수+집행유예+수강명령	1 (0.0)
		징역+몰수+취업제한	2 (0.0)
		징역+벌금+집행유예	1 (0.0)
		징역+아동학대치료프로그램 이수	7 (0.1)
		징역+아동학대치료프로그램 이수+취업제한	13 (0.1)
		징역+집행유예	38 (0.3)
		징역+집행유예+보호관찰	6 (0.1)
		징역+집행유예+보호관찰+취업제한	1 (0.0)

본 연구에 참가한 시설장과 아동보호전문기관 관계자들은 아동·청소년의 복리를 위한 결정으로서 아동·청소년의 친권자들에 대하여 친권관련 조치를 할 여지가 있음에도 불구하고, 관련 법적 절차를 적극적으로 진행하지 않는 것으로 확인되었다. 그 이유로 법적절차의 번거로움과 민원의

발생 등을 들었다. 특히 친권관련 조치 이후 후견인을 지정하는 절차에 있어 마땅한 후견인을 찾지 못하는 경우가 많았고, 소규모 공동생활가정을 운영하는 시설장이나 주된 업무가 아동학대 조사 및 사례관리인 아동보호전문기관의 장 입장에서는 개인정보가 공개되는 등의 이유와 업무과다 등을 이유로 아동·청소년의 후견인의 역할을 하는 것을 부담스러워 하였다. 그 구체적인 내용은 아래와 같다.

“학대 관련 다른 절차들이 너무 많기 때문에 친권 관련 조치나 후견인 지정과 같은 절차에 관심을 둘 여유가 없어요. 아동보호전문기관의 경우 주된 업무가 학대인지 여부를 조사하고 판단하는 것이고, 업무가 변경된 후에도 사례관리를 위한 급박한 지원을 연결하느라, 법률적인 절차를 밟아 법원을 찾는 것은 쉽지 않습니다.”(K 종사자)

“아동학대처벌법 절차에 따라 임시후견인으로 선정된 적이 있는데, 개인정보가 너무 과도하게 공개되어 불편하고 곤란했습니다. 행위자의 민원도 엄청났구요. 이 모든 걸 관련 학대 업무를 진행하면서 감당하는 것은 부담스러웠고 불가능하기도 했습니다. 단순히 법적 절차의 번거로움 뿐 아니라, 후견인을 누가 할 것인지에 대한 논의가 필요하다고 생각합니다.”(J 시설장)

“친권제한과 후견인 선정을 위해서는 정말 많은 법률을 알아야 합니다. 특히 이주아동의 경우에는 친권자가 한국사람이 아닌 경우도 있고, 아동 본인도 외국 국적인 경우도 있어 이러한 경우 후견인을 어떻게 지정해야 하는지, 친권을 우리나라 절차에 맞게 제한을 할 수 있는지 조차 불명확 했습니다. 주변에 아는 변호사들에게 문의를 해도 제대로 된 답변도 받지 못했구요. 친권제한 등이 실제로 필요한지 보다는 그때그때의 상황의 편의에 따라 친권 제한 청구를 시도해 보고 있는 실정입니다.”(M 종사자)

“친권을 제한하고 후견인을 지정할 필요성을 느끼지만, 단순히 금융업무 등의 편의 등 때문에 이러한 절차를 진행하기에는 추후 문제 될 경우 책임소재 부분을 외면할 수 없습니다. 법률적인 절차를 정식으로 밟을 경우 법과 행정은 결국 책임으로 귀결되기 때문입니다. 소규모 그룹홈의 경우 아이들을 케어하는 것만해도 업무가 상당합니다. 책임이 문제되는 후견인은 저희가 아닌 공공의 시스템 내에서 책임질 수 있는 자로 선정하는 절차가 있었으면 합니다.”(D 시설장)

“친권 제한이 필요한 심각한 수준의 학대였고, 아동에 대한 친권자의 지속적인 접근과 위협이 있었고, 원가정 회복이 어려운 수준의 범죄사실이어서 친권 제한의 의견을 사건초기부터 계속 개진하여, 임시조치때 2개월의 친권 제한 조치를 받고 임시후견인이 선정되었습니다. 그러나 그 이후 보호조치 및 피해아동보호명령사건에서 친권관련 조치가 다 기각되었습니다. 여러 가지 이유가 있었지만, 판사님들이 판단하시기에는 친권제한의 필요성이 크지 않다고 보신 것 같고 가장 큰 이유는 후견인을 할 사람이 없었던 것입니다. 아동이 현재 지내고 있는 시설의 시설장님과 아동보호전문기관장님 모두가 후견인이 되는 것을 거절하셨습니다. 일견 이해도 되었습니다.”(O 변호사)

### 3. 「시설미성년후견법」 현황 검토

현행 「시설미성년후견법」은 「아동복지법」상 아동복지시설을 포함하여 동법 제2조 제1호의 각 목<sup>49)</sup>에서 정하는 보호시설에 있는 미성년자의 후견인에 관한 사항을 규정하고 있다(동법 제1조). 동법 제3조에 따르면, 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 되고, 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장·군수·구청장이 후견인을 지정하며, 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 위의 내용을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받도록 하고 있다(동법 제3조). 즉, 친권자가 없는 아동들을 주로 시설에 수용하고 해당 시설장에 게 후견인의 지위를 부여<sup>50)</sup>하는 형태의 행정법적 운영의 중심 법률이라 할 것이며, 친권이 상실

49) 「시설미성년후견법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “보호시설”이란 다음 각 목의 시설을 말한다.

가. 「아동복지법」 제52조에 따른 아동복지시설 중 대통령령으로 정하는 시설

나. 「장애인복지법」 제58조 제1항 제1호의 장애인 거주시설

다. 「정신보건법」 제3조 제4호 및 제5호의 정신질환자사회복귀시설 및 정신요양시설

라. 「한부모가족지원법」 제19조 제1항 제3호의 미혼모자가족복지시설

마. 「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」 제16조 제1항 제2호부터 제4호까지의 노숙인자활시설, 노숙인재활시설 및 노숙인요양시설

50) 「시설미성년후견법」 제3조(후견인) ① 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 된다.

② 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따른 행정시장을 포함한다. 이하 같다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 후견인을 지정한다.

③ 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 제1항과 제2항을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받아야 한다.

될 경우에는 미성년자에 대하여 후견을 개시하되, 혈족을 중심으로하여 후견인의 순위를 정하여 규정하고 있다.<sup>51)</sup>

[표 3] 시설미성년후견법 정리<sup>52)</sup>

후견인의 사유	후견인이 되는 경로	후견인의 직무와 책임
고아인 미성년자가 보호시설에 있는 경우	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호시설 소재지 자치단체장에게 신청</li> <li>• 관할 자치단체장이 후견인 지정</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 민법 규정을 준용하도록 함. 따라서 민법 제938조 제1항의 법정대리인이 되고, 제945조, 제949조의 직무와 권한을 보유함.</li> <li>• 후견인에 대해서는 가정법원의 법적 감독권한이 미치지 않음.</li> <li>• 후견인의 감독에 관하여 별도의 규정을 두지 않음</li> </ul>
고아 아닌 미성년자가 보호시설에 있는 경우	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보호시설이 소재한 가정법원의 허가를 받도록 함</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 친권자가 있을 경우 친권의 일시정지 등과 병행하여야 하는지에 대해 아무런 규정이 없음.</li> <li>• 친권자가 있을 경우 친권의 일시정지 등이 수반되어야 한다면, 그에 따라 후견인의 권한과 책임이 달라질 것임.</li> <li>• 후견인에 대해 가정법원의 법적 감독권한이 미치는지에 대해 별도의 규정이 없음.</li> </ul>

이에 따르면 취약계층 아동·청소년이 시설 등에 입소하게 될 경우 시설장이 후견인이 되어 아동·청소년 보호에 흠결이 생기지 않도록 하여야 함에도 현장에서는 동 법률이 제대로 활용되지 않고 있는 것으로 확인된다. 이는 취약계층 아동·청소년의 경우 친권자 부모가 존재하는 경우가 대부분으로, 고아인 미성년자에 대하여 시설장 등을 후견인으로 지정하는 것을 주된 목적으로 하는 「시설미성년후견법」이 활용되는 것에는 한계가 있기 때문으로 보인다. 고아가 아닌 미성년자의 경우 결국 「민법」상의 친권 관련 조치와 미성년후견에 관한 결정과 유사한 절차를 법원을 통하여 밟아야 하므로, 앞선 친권 관련 조치를 활용하지 않는 것과 같은 이유로 잘 활용되고 있지 않은 것으로 보인다. 시설장이 전면적인 책임을 지는 후견인으로 선정되는 것에 대한 부담감도 토로하였다. 또한 외부에서 「시설미성년후견법」 존재에 대한 이해가 낮고, 기존 동법으로서 계좌 개설 등 업무상의 편의를 이용한 적이 있었으나 최근 관련 법령의 개정으로 미성년후견인으로 실제 지정이 되지 않는 한 동법은 현장에서 도움이 되지 못하는 것으로 확인되었다.

“다른 일반인들이 시설미성년후견법이 뭔지를 잘 몰라요. 후견법을 들고가서 말을 해도 어차피 대화가 안되니까, 친권상실받고 후견인 지정된 서류를 갖고 오라는 거죠. 고아 아닌 친구들 한테는 크게 의미 없는 법 같아요.”(I 종사자)

51) 「민법」 제932조 (미성년자의 후견인의 순위) 제931조의 규정에 의한 후견인의 지정이 없는 때에는 미성년자의 직계혈족, 3촌이내의 방계혈족의 순위로 후견인이 된다(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전).

52) 제철웅, 앞의 논문, 422면 [표 15] 참조

“예전엔 법률을 출력해 가서, 아동 수급비통장을 시설장이 개설할 수 있었어요. 후견인 지정은 안되었어도, 법 취지를 들어 설득하고 관련 공문만 있으면 통장개설을 해줬거든요. 근데 이제는 법이 강화되서 불가능해요. 과거에 통장개설을 문제삼아 친권자가 민원을 심하게 내고 은행직원을 고소하기도 해서 엄청 난감했던 일이 있습니다.”(E 시설장)

“시설미성년후견법에 따라도 어차피 후견인 지정절차가 필요합니다. 절차가 복잡하고 시간도 엄청 오래 걸려요. 대부분 꺼리게 되지요. 그리고 후견인이 되는 경우도 해당 아동에 대한 책임범위가 넓어 꺼려하는 상황입니다.”(G 종사자)

[그림 5] 시설미성년에 대한 실명확인 및 통장개설시 필요한 서류

2020-09-18 10:49 From: 0505-108-3821 To: 0536531613 Page: 001/002

**DGB대구은행 「내실강화」 非常을 넘어 飛上으로**

문서종류 일반문서	작성일 2020.07.27. 09:09	작성자 [
문서번호 SB20-744	기안종류 기타	일상감사 부

정보보호 결재선 [부장/부장]	준법감시 1.감재선 07/27 09:22	공시구분 부	감사
합의 수신 참조	5_각영업점(지주사 제외), 6_각부서(지주사 제외)		
첨부파일	1. 보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률 시행령.PNG - 32 KB 2. 보호시설의 후견인 지정절차.pdf - 157 KB		

**제 목 [금융실명제] 보호시설에 있는 미성년자 실명확인 방법 및 유의사항 안내**

[최소한의 문서 수신자: 영업점 전직원]

**1. 목 적**  
가. 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률 시행령」 제2조 제1호에 따른 업무처리 방법 안내  
나. 보호시설에 있는 미성년자 실명확인 관련 민원예방

**2. 주요내용**  
가. 보호시설에 있는 미성년자 예금 신규 시 청구 서류

구분	보호시설장 (법원으로부터 허가 받을 필요 없음)	보호시설 소재 시장·군수·구청장이 지정한 후견인 (보호시설장의 신청에 따라 지자체장이 후견인 지정)	①사업자등록증 ②사업신고증 등 ③후견인 실명확인증표 ④입소확인서류 등 ⑤미성년자 기본증명서 (특정 또는 상세) ⑥미성년자 가족관계증명서(상세)	(미성년)후견인 (법원으로부터 허가를 받아야 함)	①미성년자 기본증명서 (특정 또는 상세) ②후견인 실명확인증표
국가·지방자치단체가 운영하는 보호시설에 있는 경우					
그 외 보호시설에 있는 경우				(미성년)후견인 (지자체장의 지정 후 법원으로부터 허가를 받아야 함)	①미성년자 기본증명서 (특정 또는 상세) ②후견인 실명확인증표

※ 사업자등록증: 보호시설장임을 확인  
※ 시설신고증(인가증, 허가증) 등: 국가 지방자치단체가 설치 운영하는 시설 여부 확인, 보호시설장임을 확인  
※ 입소확인서류 등: 보호시설에 보호 중인 아동임을 확인 하는 서류  
※ 기본증명서, 가족관계증명서: 친권자 또는 후견인 지정 확인, 고아 여부 판단

**나. 유의사항**  
▶ 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」 제2조 제1호에 적용되는 시설의 범위  
→ 아동복지시설, 장애인거주시설, 정신요양시설 및 정신재활시설, 미혼모자가족복지시설, 노숙인복지시설, 청소년복지시설 등  
▶ 대리인에 의해 업무 처리 시 정당한 후견인 확인 후 위임장 징구

## II 「개인정보보호법」상 법정대리인 동의의 문제

아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 법정대리인이 아동·청소년의 개인정보의 처리·공개 등의 제 결정과 관련된 동의를 대신 함으로써 대체로 구현된다는 점을 확인하였다. 이는 법정대리인이 후견적 관점에서 아동·청소년의 자기결정권 행사의 불완전성을 보충해 줄 것이라는 전제하에서 인정될 수 있는 논의이나, 취약계층 아동·청소년의 경우, 법정대리인인 친권자가 이미 아동·청소년의 보호와 양육의 대부분을 행하지 않고 사실상 포기하고 있는 상황에서도 이러한 후견주의적 관점이 유지될 것인지에 대한 검토가 필요하다 할 것이다. 아동·청소년 최상의 이익을 위하여 구현된 위 같은 논리와 「개인정보보호법」의 대리동의의 원칙은 취약계층 아동·청소년의 경우에 있어서 수정될 필요가 있으며, 구체적으로는 아동·청소년의 복리를 위한 고민과 결정을 할 수 있는 동의권자인지 여부를 확인할 수 있는 장치를 법률 또는 약관 등에 마련하는 방향이 되어야 할 것이다. 또한 동의의 방법과 절차 등도 아동·청소년의 보호를 위하여 보다 구체적으로 마련될 필요가 있다.

또한 개인정보 동의 자체의 특수성에 따른 검토도 필요하다 할 것이다. 「민법」상의 법정대리인이 미성년자의 법률행위에 대하여 행하는 동의가 1회성인 것과 비교하여, 개인정보 관련 동의는 최초 동의 이후에도 해당 개인정보가 지속적, 장기적으로 거듭 활용되고, 최초 동의때 예상하지 못하는 방향으로 처리되는 경우도 발생하고 있어 최초 동의의 효력을 일정부분 제한할 필요가 있다는 것이다. 이는 아동·청소년의 개인정보 수집·이용 대리동의 일반에서도 유효한 논의라 할 것이나, 특히 취약계층 아동·청소년의 경우 최초 개인정보 수집·이용 동의시부터 법정대리인의 복리적 결정에 따른 후견적 개입이 부재한 상황이었기 때문에, 개인정보의 지속성 활용에 있어 더욱 큰 문제가 발생할 우려가 있다 할 것이다. 따라서 개인정보의 지속적 장기 활용에 따라 발생하는 문제에 있어 이를 제한할 수 있는 장치를 법률 또는 약관 등에서 마련할 수 있도록 하여야 한다.

## III 소결

이상의 내용과 같이 취약계층 아동·청소년의 경우 일반적으로 법정대리인에게 기대되는 후견적, 복리적 역할을 친권자가 하지 못하는 상황에서, 형식적으로는 법정대리인으로서의 법적·사실

적 권한이 유지됨으로 인하여 법률행위 기타 개인정보자기결정권의 실질 구현에 문제가 발생하고 있는 실정이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 특히 개인정보자기결정권 구현에 장애가 되는 요소로서 법정대리인의 대리 동의가 지적되고 있는 바, 이에 취약계층 아동·청소년 최상의 이익 관점에서 대리동의 제도 등을 법령 및 약관을 개정하는 방법으로서 손 볼 필요가 있다 할 것이다. 이하에서는 대리동의 제도를 두고 있는 일선의 약관들을 살펴 보도록 하겠다.

## 제4절 | 아동·청소년 개인정보자기결정권 관련 업계 약관 검토

### I 표준약관의 검토

#### 1. 예금거래 기본약관(표준약관 제10012호)

공정거래위원회가 마련한 예금거래 기본약관에서는 미성년자에 대한 법정대리인의 동의나 개인정보 보호에 있어 특별한 규정을 두고 있지는 아니하다. 이에 대하여는 「민법」의 일반원칙을 따르는 것으로 보인다. 또한 자동이체·전자거래 약정을 한 경우는 보다 간이하게 본인확인 절차를 거칠 수 있도록 하고 있는 것으로 보인다. 이에 아래의 몇 가지 조항에서 취약계층 아동·청소년의 보호를 위한 조치가 가능할 여지가 있어 검토한다.

동 약관 제2조는 실명거래에 있어 실명확인을 위하여 주민등록증·사업자등록증 등 실명확인증표 또는 그 밖에 필요한 서류의 제시나 제출을 요구할 수 있다고 규정하는 바, 취약계층 아동·청소년의 경우 주민등록표 제시 등을 통하여 비동거 여부를 확인할 수 있는 가능성이 있다고 할 것이다.<sup>53)</sup> 동 약관 제4조는 무통장거래에 있어 본인확인을 거치도록 하고 있는 바, 본인확인의 방식으로서 취약계층 아동·청소년의 경우 법정대리인이 아닌 적어도 본인이 직접 은행을 내방하여 본인확인을 할 수 있는 절차를 마련할 여지가 있다 할 것이다.<sup>54)</sup> 동 약관 제10조에서는 예금의 지

53) 예금거래 기본약관 제2조(실명거래) ① 거래처는 실명으로 거래하여야 한다.

② 은행은 거래처의 실명확인을 위하여 주민등록증·사업자등록증 등 실명확인증표 또는 그밖에 필요한 서류의 제시나 제출을 요구할 수 있고, 거래처는 이에 따라야 한다.

54) 예금거래 기본약관제4조(거래방법) 거래처는 은행에서 내준 통장(증서·전자통장을 포함한다. 이하 같다.) 또는 수표·어음용지로 거래하여야 한다. 그러나 입금할 때, 자동이체약정·전산통신기기이용약정에 따라 거래하는 경우 및 등록된 생체정보(이하 “바이오정보”), 실명확인증표 등을 통해 본인확인된 경우에는 통장 없이(이하 “무통장”)도 거래할 수 있다.

급과 해지청구의 방법을 규정하고 있는 바, 이 경우 주민등록표 제시를 통한 법정대리인과의 동거 여부 확인 및 본인확인을 위하여 아동·청소년의 직접내방을 요청하여 취약계층 아동·청소년의 보호를 도모할 여지가 있다.<sup>55)</sup> 동 약관 제13조와 제14조에 있어 사고변경 및 통장·카드의 재발급의 경우도 마찬가지로 주민등록표 제시를 통한 법정대리인과의 동거여부 확인 및 아동·청소년의 직접내방을 요청하여 보호를 도모할 여지가 있다.<sup>56)</sup>

## 2. 전자금융거래 기본약관(표준약관 제10028호)

공정거래위원회가 마련한 전자금융거래기본약관 역시도 미성년자에 대한 법정대리인의 동의나 개인정보 보호에 있어 특별한 규정을 두고 있지는 아니하다. 다만, 아래의 몇 가지 조항에서 취약계층 아동·청소년의 보호를 위한 조치가 가능할 여지가 있어 검토한다.

동 약관 제4조에 따라 전자금융거래계약의 체결 및 해지에 있어, 이용자 본인 확인을 위한 내방 등을 원칙으로 하여 취약계층 아동·청소년의 보호를 도모할 여지가 있고,<sup>57)</sup> 동 약관 제5조 및 제6조에서 규율하는 접근매체의 발급·등록·관리에 있어 본인확인 절차를 보다 엄격히 함으로써 취

55) 예금거래 기본약관 제10조(지급·해지청구) ① 거래처가 예금·이자를 찾거나 예금계약을 해지하고자 할 때에는 신고한 비밀번호 등 필요사항을 기재하거나 PIN-Pad기에 입력하고, 거래인감을 날인하거나 서명감과 일치되게 서명한 지급 또는 해지청구서를 제출하여야 한다.

② 거래처가 무통장으로 거래하고 실명확인증표 등에 의해 본인확인된 경우, 은행이 정하는 바에 따라 제①항에 따른 절차의 전부 또는 일부를 생략할 수 있다.

③ 거래처가 자동이체·전산통신기기·바이오정보 등을 이용하여 찾을 때는 그 약정에서 정한 바에 따른다.

56) 예금거래 기본약관 제13조(사고·변경사항의 신고) ① 거래처는 통장·도장·카드 또는 증권이나 그 용지를 분실·도난·멸실·훼손했을 때는 곧 서면으로 신고하여야 한다. 다만, 긴급하거나 부득이 할 때는 영업시간 중에 전화 등으로 신고할 수 있으며 이 때는 다음 영업일 안에 서면신고하여야 한다.

② 거래처는 인감 또는 서명, 비밀번호, 성명, 상호, 대표자명, 대리인명, 주소, 전화번호 기타 신고사항을 바꿀 때에는 서면으로 신고하여야 한다. 다만, 비밀번호는 서면신고없이 전산통신기기를 이용하여 바꿀 수 있으며, 이 경우 계좌번호, 주민등록번호, 비밀번호 등 은행이 정한 요건이 맞으면 은행은 새로운 비밀번호로 변경처리한다.

③ 거래처는 주소, 전화번호 등의 일부 신고사항에 대하여는 은행이 정한 방법에 따라 전산통신기기를 이용하여 변경할 수 있다.

제14조(통장, 카드의 재발급 등) 제13조에 따라 통장·도장·카드에 대한 사고신고가 있을 때에는 은행은 신고인이 거래처 본인임을 확인하는 등 필요한 조치를 마친 뒤에 재발급하거나 지급한다.

57) 전자금융거래기본약관 제4조(전자금융거래계약의 체결 및 해지) ① 이용자가 전자금융거래를 하고자 하는 경우에는 사전에 은행과 별도의 전자금융거래계약을 체결하여야 합니다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니합니다.

1. 예금잔액, 예금입출금내역 등 단순조회
2. 현금자동지급기, 자동입출금기, 지급용단말기에 의한 거래
3. 기타 은행이 정하는 거래

② 전자금융거래 계약을 해지하고자 하는 경우에는 이용자 본인이 전자금융거래에 관한 개별약관에 정한 바에 따라 서면 또는 해당 전자적 장치에 의하여 은행에 해지신청을 하여야 합니다.

약계층 아동·청소년의 보호를 도모할 수 있다 할 것이다. 갱신행위를 이용자 편의를 위하여 간이화한 취지는 이해하나, 취약계층 아동·청소년의 경우 법정대리인을 통한 남용과 오용가능성이 있으므로 갱신 등에 있어서도 엄격한 추가절차가 필요하다 할 것이다. 그리고 접근매체 관리에 있어 이용자의 책임뿐만 아닌 은행의 주의의무도 함께 마련하여야 할 것이다.<sup>58)</sup> 동 약관 제7조에서 정하는 인증의 방법에 있어 엄격한 본인확인절차를 마련하는 것도 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현을 위한 방안이 될 것이다.<sup>59)</sup>

### 3. 전자상거래 표준약관(표준약관 제10023호)

공정거래위원회가 마련한 전자상거래 표준약관에서는 미성년자 계약 체결과 관련하여 법정대리인의 동의를 명시한 규정을 두고 있고, 미성년자의 담배, 주류 등 청소년보호법에서 금지하는 재화 및 용역을 구매신청하는 경우 전자상거래 업체에서 계약을 승낙하지 않을 수 있다는 조항을 두고 있다.<sup>60)</sup> 또한 개인정보와 관련하여 제17조를 비롯한 상당히 구체적인 규정을 두고 있다. 다만 동 약관에서도 개인정보 관련 동의 등에 있어 아동·청소년에 대하여 특별히 규정하고 있지 아니한 바, 「개인정보보호법」상의 법정대리인 대리동의의 형태를 원칙으로 하고, 만 14세 이상 19세 미만

58) 전자금융거래기본약관 제5조(접근매체의 발급 및 등록) ① 은행이 접근매체를 발급할 때에는 이용자의 신청이 있는 경우에 한하여 본인임을 확인한 후에 발급합니다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 은행은 접근매체의 갱신 또는 대체발급 등을 위하여 이용자의 동의를 얻은 경우로서 다음 각 호에 해당하는 경우에는 이용자의 신청이나 본인확인 없는 때에도 발급할 수 있습니다.

1. 갱신 또는 대체발급 예정일 전 6개월 이내에 사용된 적이 없는 접근매체에 대하여 이용자로부터 갱신 또는 대체발급에 대한 서면(「전자서명법」 제2조 제3호의 규정에 따른 공인전자서명(이하 “공인전자서명”이라 합니다.)이 있는 전자문서를 포함합니다.) 동의를 얻은 경우

2. 갱신 또는 대체발급 예정일 전 6개월 이내에 사용된 적이 있는 접근매체의 경우에는 그 예정일부터 1개월 이전에 이용자에게 발급 예정사실을 알린 후 20일 이내에 이용자로부터 이의제기가 없는 경우

제6조(접근매체의 관리) 이용자는 전자금융거래에 필요한 접근매체에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 다음 각 호의 행위를 하여서는 안되며, 접근매체의 도용, 위조, 변조를 방지하기 위한 관리에 충분한 주의를 기울여야 합니다.

1. 접근매체를 제3자에게 대여하거나 사용을 위임하는 행위

2. 접근매체를 제3자에게 양도 또는 담보 목적으로 제공하는 행위

3. 제3자가 권한 없이 이용자의 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 할 수 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있었음에도 불구하고 접근매체를 누설, 노출, 방치하는 행위

59) 전자금융거래기본약관 제7조(은행이 정한 인증방법의 사용) 이용자는 이 약관의 적용대상인 전자금융거래를 이용하는 경우 반드시 은행이 전자금융거래의 종류, 성격, 위험수준 등을 고려하여 정한 인증방법을 사용하여야 합니다.

60) 전자상거래 표준약관 제10조(계약의 성립) ① “몰”은 제9조와 같은 구매신청에 대하여 다음 각 호에 해당하면 승낙하지 않을 수 있습니다. 다만, 미성년자와 계약을 체결하는 경우에는 법정대리인의 동의를 얻지 못하면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 계약을 취소할 수 있다는 내용을 고지하여야 합니다.

1. 신청 내용에 허위, 기재누락, 오기가 있는 경우

2. 미성년자가 담배, 주류 등 청소년보호법에서 금지하는 재화 및 용역을 구매하는 경우

3. 기타 구매신청에 승낙하는 것이 “몰” 기술상 현저히 지장이 있다고 판단하는 경우

의 미성년자의 경우에도 상거래라는 “계약”이므로, 「민법」상 법정대리인 동의가 필요함을 다시 한번 규정한 형태라 할 것이다.

이에 대하여 개인정보 관련 동의에 있어 아동·청소년에 대한 특별한 보호조치와 이에 대한 회사의 책임을 보다 명확히 할 필요가 있다 할 것이다.

#### 4. 온라인게임 표준약관(표준약관 제10069호)

공정거래위원회가 마련한 온라인게임 표준약관에 따르면, 청소년의 이용신청 시 법정대리인의 동의를 얻도록 하고 있고, 이에 대한 동의절차는 「게임산업진흥에 관한 법률 및 시행령」을 따르도록 하고 있다.<sup>61)</sup>

「게임산업진흥에 관한 법률」은 게임과몰입·중독 예방조치 등의 일환으로 ‘게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증, 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보, 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용방법, 게임물 이용 시간 등 제한, 제공되는 게임물의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항과 게임물 이용 시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지’ 등을 하도록 되어 있고,<sup>62)</sup> 동법 시행령에서는 행정기관 의뢰 등을 통한 본인확인 방법과 월 1회 이상의 고지를 포함한 법정대리인의

61) 온라인게임 표준약관 제7조 (이용신청 및 방법) ④ 청소년(18세 미만의 자로서 「초·중등교육법」 제2조의 규정에 의한 고등학교에 재학 중인 학생을 포함한다)이 이용신청을 할 경우에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하고, 구체적인 동의절차는 게임산업진흥에 관한 법률 및 시행령에 따라 회사가 제공하는 방법에 따르도록 합니다.

제8조 (이용신청의 승낙과 제한) ② 회사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이용신청에 대해서는 승낙을 하지 않을 수 있습니다.

1. 제7조에 위반하여 이용신청을 하는 경우

3. 청소년(제7조 제4항의 청소년과 같다)이 법정대리인의 동의를 얻지 아니하거나 동의를 얻었음을 확인할 수 없는 경우

62) 「게임산업진흥에 관한 법률」 제12조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) ① 게임물 관련사업자[「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 통하여 공중이 게임물을 이용할 수 있도록 서비스하는 자에 한한다. 이하 이 조에서 같다]는 게임물 이용자의 게임과몰입과 중독을 예방하기 위하여 다음 각 호의 내용을 포함하여 과도한 게임물 이용 방지 조치(이하 “예방조치”라 한다)를 하여야 한다.

1. 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증

2. 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보

3. 청소년 본인 또는 법정대리인의 요청 시 게임물 이용방법, 게임물 이용 시간 등 제한

4. 제공되는 게임물의 특성·등급·유료화정책 등에 관한 기본적인 사항과 게임물 이용 시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지

5. 과도한 게임물 이용 방지를 위한 주의문구 게시

6. 게임물 이용화면에 이용 시간 경과 내역 표시

7. 그 밖에 게임물 이용자의 과도한 이용 방지를 위하여 대통령령으로 정하는 사항

동의의 방법을 구체적으로 정하고 있다.<sup>63)</sup>

이와같이 관련 법령과 약관을 통하여 청소년 본인 확인 및 법정대리인에 대한 고지와 동의를 구체화 한 것은 본 연구의 문제의식인 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 법정대리인 동의의 검토와 제한적인 측면에서 일견 바람직해 보인다. 다만 위 법령과 약관은 “취약계층”이라는 본 연구상에서 특정한 대상과 같이 특별한 필요가 있어 마련된 것이 아니라 아동·청소년이 게임에 “과몰입”할 경우라고 하는 동의하기 어려운 전제를 바탕으로 입법화된 것이라, 그 구성과 내용에 있어 본 연구에서 참고할 바가 있는 것과 별개로 그 입법취지에 완전히 동의하기 어렵다는 점은 밝혀두는 바이다. 다만, 이러한 법령과 약관 등이 현행 법과 행정제도 내에서 충분히 가능하다는 점이 확인되었다는 것은 본 연구의 결론에서 참고할 수 있다 할 것이다.

## 5. 모바일게임 표준약관(표준약관 제10078호)

공정거래위원회가 마련한 모바일게임 표준약관에 따르면, 청약철회 등에 있어 미성년자의 모바일 콘텐츠 구매 시 법정대리인의 동의를 규정하고 있으며, 콘텐츠 구매계약 당사자가 미성년자인지 여부는 모바일 기기, 결제 실행자 정보, 결제 수단의 명의자 등을 근거로 판단하고, 법정대리인이 취소하는 경우 증명 서류를 회사가 요청할 수 있다는 규정을 두고 있다.<sup>64)</sup> 이러한 내용 역시

63) 「게임산업진흥에 관한 법률 시행령」 제8조의3(게임과몰입·중독 예방조치 등) ③ 게임물 관련사업자(법 제12조의3 제1항에 따른 게임물 관련사업자로 한정한다. 이하 이 조에서 같다)는 법 제12조의3 제1항 제1호에 따라 게임물 이용자의 회원가입 시 「전자서명법」 제2조 제8호에 따른 전자서명인증사업자, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 대면확인 등을 통하여 게임물 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련하여야 한다.

④ 게임물 관련사업자는 법 제12조의3 제1항 제2호에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 법정대리인의 동의를 받아야 한다.

1. 법 제12조의3 제1항에 따른 정보통신망에 동의 내용을 게재하고 법정대리인이 동의 여부를 표시하도록 하는 방법
2. 동의 내용이 적힌 서면을 법정대리인에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스를 통하여 전달하고 법정대리인이 동의 내용에 대하여 서명하거나 날인한 후 제출하도록 하는 방법
3. 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 법정대리인으로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 전송받는 방법
4. 전화를 통하여 동의 내용을 법정대리인에게 알리고 동의를 받거나 인터넷주소 등 동의 내용을 확인할 수 있는 방법을 안내하고 재차 전화를 통하여 동의를 받는 방법

⑥ 게임물 관련사업자가 법 제12조의3 제1항 제4호에 따라 청소년 본인 및 법정대리인에 대하여 고지할 때에는 휴대전화에 의한 문자전송, 전자우편, 팩스, 전화 또는 문서 등의 방법으로 월 1회 이상 하여야 한다.

64) 모바일게임 표준약관 제22조(청약 철회 등) ⑦ 미성년자가 모바일 기기에서 콘텐츠 구매계약을 체결하는 경우, 회사는 법정대리인의 동의가 없으면 미성년자 본인 또는 법정대리인이 그 계약을 취소할 수 있다는 내용을 고지하며, 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 구매계약을 체결한 때에는 미성년자 본인 또는 법정대리인은 회사에

콘텐츠 구매 “계약”인 이상 「민법」상 법정대리인의 동의가 필요한 미성년자의 법률행위를 구체화한 것으로 보인다. 온라인게임과 달리 모바일의 경우 이용승낙 등에 있어 법정대리인 동의의 구체화된 내용은 규정되어 있지 아니하고, 미성년자인지 여부가 모바일 기기의 명의 등에 따라 판단되는 바, 모바일 통신기기 개통 시의 본인확인 등의 과정이 어떻게 이루어지는지 추가적인 검토가 필요할 것이다. 또한, 유료 콘텐츠의 경우 서비스 이용기간이 이용자가 제대로 인지하지 못한 채로 연장되는 경우가 많은 바,<sup>65)</sup> 아동·청소년의 경우 보호조치가 포함된 약관이 마련될 필요가 있다 할 것이다.

## II 통신업체 약관의 검토

금융기관과 전자상거래·이커머스 업체의 약관은 위 공정거래위원회가 마련한 표준약관을 거의 그대로 사용하고 있어 따로 검토하지 않고, 휴대폰 개통 등과 관련하여 통신업체의 약관을 추가로 검토하도록 한다.

### 1. S사 약관 검토

S사의 경우 기본 이용약관에서 청소년 보호의 장을 두어, 청소년 이용계약과 관련된 조항을 따로 규정해 놓고 있다. 그 내용은 아래와 같다.

그 계약을 취소할 수 있습니다. 다만, 미성년자가 법정대리인이 범위를 정하여 처분을 허락한 재산으로 콘텐츠를 구매한 경우 또는 미성년자가 속임수로써 자기를 성년자로 믿게 하거나 법정대리인의 동의가 있는 것으로 믿게 한 경우에는 취소할 수 없습니다.

⑧ 콘텐츠 구매계약의 당사자가 미성년자인지 여부는 결제가 진행된 모바일 기기, 결제 실행자 정보, 결제 수단 명의자 등을 근거로 판단합니다. 또한 회사는 정당한 취소인지를 확인하기 위해 미성년자 및 법정대리인임을 증명할 수 있는 서류의 제출을 요청할 수 있습니다.

65) 모바일게임 표준약관 제17조(유료 콘텐츠의 구매, 사용기간 및 이용) ① 게임서비스 내에서 회원이 구매한 유료 콘텐츠는 해당 애플리케이션을 다운로드 받거나 설치한 모바일 기기에서만 이용할 수 있습니다.

② 회원이 구매한 유료 콘텐츠의 이용기간은 구매 시 명시된 기간에 따릅니다. 다만, 제13조 제2항에 따라 서비스 중단이 이루어지는 경우 기간의 정함이 없는 유료 콘텐츠의 이용기간은 서비스 중단 공지 시 공지된 서비스의 중단일자까지로 합니다.

## S사 이동전화 이용약관

## 제11장 청소년보호 등

## 제52조(청소년 이용계약)

- ① 만 18세 이하의 '청소년'이용자(어린이 포함)는 보호자(민법상 법정대리인)의 동의를 득하여야만 이용신청을 할 수 있으며, 회사는 보호자의 동의 여부를 확인하기 위해 별도 구비서류 제출을 요구할 수 있습니다.
- ② 회사는 만4세 미만 영·유아의 명의로 신청하는 경우 이용신청을 승낙하지 않습니다.(단, 어린이 안전 등을 위해 회사가 정한 특정상품에 대해서는 이용신청을 승낙합니다.)
- ③ 회사는 청소년 및 보호자와의 계약 체결 시 청소년 전용 이용약관서를 사용할 수 있습니다.
- ④ 회사는 청소년 보호관련 이용약관의 주요 부분, 청소년 요금제도, 청소년 유해콘텐츠 차단 등에 대한 내용을 청소년 이용약관서에 명기합니다.

## 제53조(청소년 보호)

- ① 회사는 청소년이 이동통신을 이용하여 청소년 유해콘텐츠에 접근할 수 없도록 노력하여야 합니다.
- ② 회사는 청소년이 이용하는 이동전화는 청소년 본인 명의로 신청할 것을 권고합니다.
- ③ 청소년 명의로 가입된 단말기는 무선인터넷의 성인물 등 청소년 유해콘텐츠에 대한 접근을 원천 차단 할 수 있습니다.
- ④ 회사는 청소년 보호를 위해 본인 또는 보호자가 신청할 경우 다음 각 호의 서비스를 제공합니다.
  1. 무선인터넷 차단서비스
  2. 무선인터넷 이용요금 통보 서비스(보호자가 당사 가입자일 경우에 한함)
  3. 수신자 부담서비스 차단 서비스

## 제54조(청소년 이용계약 해지)

- ① 회사는 다음 각 호에 해당하는 청소년 이용계약을 체결한 경우에는 그 이해 당사자가 해지를 요구할 경우 이에 반드시 응해야 하며, 기납부한 요금(가입비, 보증금 또는 보증보험료)을 환불하고 미납요금 및 잔여 위약금에 대하여 청구행위를 할 수 없습니다.
  1. 청소년 가입 시 보호자의 동의(동의서 및 인감증명서 등의 구비서류)를 받지 아니하고 체결한 이용계약
  2. 청소년이 타인(부모, 친인척, 지인관계 등)의 명의를 도용하여 체결한 이용계약

S사의 경우 청소년 이용계약시 별도의 계약서를 마련하고 있으며, 해당 계약서에는 법정대리인의 동의와 관련된 아래의 내용을 담고 있다.

## S사 청소년 가입 법정대리인 동의 관련 내용

- ① 본인은 청소년이 SK텔레콤의 서비스 이용약관(번호이동신청, 할부판매약정 포함)을 체결함에 있어 휴대폰 이용약관 및 개인정보 처리방침, 청소년 휴대폰 신규계약서, 할부판매 약정서의 모든 사항을 확인하였으며, 가입에 동의합니다.
- ② 본인은 청소년의 서비스 이용 중 발생하는 미납요금채무(통화료, 정보이용료, 휴대폰 대금 등)에 관하여 상환채무를 부담합니다.
- ③ 본인은 SK텔레콤이 청소년의 미납요금채무에 관하여 본인을 주채무자로 하여 보증보험에 가입하며 보증보험사 상환채무가 변제되지 않을 경우 각 금융기관에 신용불량거래자로 통보 하는 것에 동의합니다.
- ④ 회사에 등록된 법정대리인은 향후 추가적인 법정대리인 입증서류 없이 법정대리권을 행사하실 수 있게 되므로 법정대리권의 변동사항은 지체 없이 회사에 알려드립니다.

다만, 위 약관에도 불구하고 특별히 청소년을 대면하여 본인여부를 확인하여야 한다는 규정은 두고 있지 아니하며, 법정대리인의 최초 가입 동의시에 S사로 법정대리인의 정보가 등록되어, 이

후 추가적인 입증서류 없이 법정대리권 행사를 할 수 있도록 하고 있다. 즉, 개통된 해당 휴대폰을 변경하거나 신규로 다시 아동·청소년 명의로 휴대폰을 개통할 때 회사에 등록된 법정대리인 인증 정보를 이용할 수 있도록 한 것이다. 이로써 취약계층 아동·청소년과 같이 법정대리인이 아동·청소년을 위한 후견적 역할을 일체 하고 있지 아니한 바, 실질적으로는 법정대리인이 없거나 변동이 있다고 보아야 하는 상황임에도 불구하고 이를 고려한 제한이 없는 실정이다. 이러한 이유로 하여 자녀 명의로 휴대폰을 개설하여 요금을 미납하였던 모가 이후 다시 휴대폰을 개통하여 또 요금을 미납하는 등의 추가적인 피해가 발생하였던 것이다.

또한 본인확인 서비스 이용약관에 있어 이용자 신원확인 등의 절차가 미흡하다. 취약계층 아동·청소년의 법정대리인이 아동·청소년 몰래 휴대폰을 개통하여 유료 콘텐츠 등을 이용하여 해당 요금을 미납하는 형태의 피해를 입히고 있는데, 모바일게임 표준약관에서 살펴보았듯이 유료콘텐츠 결제의 근거가 되는 것은 모바일 단말기의 명의확인으로서, 이는 각 통신업체에서 휴대폰을 개통하던 때에 본인확인 서비스를 함께 신청함으로써 발생하는 문제로 보인다. 휴대폰을 통한 각종 유료 콘텐츠 결제에 있어 단말기 개통시의 본인확인 내용을 토대로 이를 신뢰하여 결제에 이르는 것이다. 그렇다고 한다면 통신업체 차원에서 이용자에게 본인확인 서비스의 동의를 받음에 있어 보다 엄격하고 안전한 방법을 강구하여야 할 필요가 있다 할 것이다.

## 2. K사 약관 검토

K사 역시도 S사와 마찬가지로 가입 시 아동·청소년의 대면확인이 필요하다는 등의 조항은 두고 있지 않다. K사는 회원 기본약관에서 따로 미성년자 고객 가입 및 법정대리인의 책임에 대하여 규정하고 있으며 그 내용은 아래와 같다.

### K사 회원기본약관

#### 제8조(14세 미만인 고객의 가입 및 법정대리인의 책임)

- ① 만 14세 미만자 부모 등 법정대리인의 동의를 얻은 후에 서비스 이용을 신청하여야 합니다. 또한, 만 20세 미만의 이용자가 유료 서비스를 이용하고자 하는 경우에도 이와 같습니다.
- ② “회사”는 법정대리인의 동의를 받기 위하여 필요한 법정대리인의 성명 등 최소한의 정보를 요구할 수 있으며, 14세 미만 고객이 입력한 법정대리인의 정보를 통해 법정대리인 여부를 확인하며, 법정대리인의 핸드폰이나 이메일을 통해 제1항 기재 고객의 가입 동의 여부를 확인 받습니다.

기본약관상의 내용은 「민법」과 「개인정보보호법」을 부연한 정도에 불과하여 특별한 내용을 담고 있지는 아니하나, K사는 따로 개인정보처리방침에서 아동의 개인정보보호의 내용을 추가로 담

아 보충하고 있는 것으로 확인된다.

#### K사 개인정보처리방침

##### 제09장 아동의 개인정보보호

1. 회사는 만 14세 미만 아동(이하 ‘아동’)의 개인정보에 대하여 수집·이용·제공 등의 동의를 받는 경우 부모 등 법정대리인의 동의를 얻도록 하고 있습니다.
2. 회사는 법정대리인의 동의를 얻기 위하여 법정대리인의 성명, 생년월일, 연락처번호 등 필요한 최소한의 정보를 요구할 수 있습니다. 이 경우 개인정보의 수집·이용 또는 제공 목적 및 법정대리인의 동의가 필요하다는 취지를 아동이 쉽게 이해할 수 있는 평이한 표현으로 아동에게 고지합니다.
  - 가. 법정대리인의 동의를 얻기 위하여 수집한 법정대리인의 개인정보를 해당 법정대리인의 동의 여부를 확인하는 목적 외의 용도로 이를 이용하거나 제3자에게 제공하지 않습니다.
3. 회사는 법정대리인의 동의를 받을 때, 다음과 같은 방법으로 법정대리인에게 직접 동의를 받고 열람, 수정, 삭제 및 관리합니다.
  - 가. 회사의 웹 사이트에 가입되어 있는 법정대리인의 메일주소로 동의 요청메일을 보내고 법정대리인이 동의하는 방법
  - 나. 만 14세 미만 아동의 법정대리인은 아동의 개인정보 수집에 대한 동의철회, 열람, 수정 및 삭제를 요청할 수 있으며, 회사는 이러한 요청에 필요한 조치를 취합니다.
  - 다. 회사는 만 14세 미만의 아동으로부터 수집한 개인정보에 대하여 법정대리인이 오류의 정정을 요구하는 경우, 그 오류를 정정할 때까지 해당 개인정보의 이용 및 제공하지 않습니다.
  - 라. 만 14세 미만으로 표시된 아동에게는 전자우편 형식의 광고나 제안서를 보내지 않으며 게임, 경품 및 이벤트를 이용하여 더 많은 정보를 공개하도록 유도하지 않습니다.

K사의 아동의 개인정보보호 방침은 S사에 비해서는 구체적이거나, 만 14세 미만에 대하여 한정하여 마련된 점은 아쉬운 부분이라 할 것이다. 이는 「개인정보보호법」상의 법정대리인 동의 의무가 부여된 만 14세 기준을 따른 것으로 보이나, 휴대폰 개통 등에 있어 만 18세 이하의 미성년자 모두에게 개인정보에 대한 특별한 보호가 필요하다고 할 것이기 때문이다. 또한, 위의 개인정보보호 방침에서도 법정대리인의 동의의 방식은 구체적이지 않은바, 보다 구체적이고 아동·청소년을 보호할 수 있는 방식으로 마련될 필요가 있다.

최초 가입 시 본인인증 서비스 등에도 가입할 수 있도록 안내함에도 불구하고, 휴대폰 유료 콘텐츠 결제의 근거가 되는 본인인증 서비스에 대하여 취약계층 아동·청소년 등 특별한 배려가 필요한 이용자들을 위한 안전장치가 마련되지 않은 것은 S사와 동일한 문제점이라 할 것이다.

### 3. L사 약관 검토

L사도 청소년 보호 등의 장을 따로 두어 청소년 이용계약을 규율하고 있다. 그 내용은 S사와 유사하다.

## L사 5G 이용약관

## 제11장 청소년 보호 등

**제43조(청소년 이용계약)** ① 만 18 세 이하의 ‘청소년’이용자는 보호자(민법상 법정대리인)의 동의를 득 하여야만 이용신청을 할 수 있으며, 회사는 보호자의 동의 여부를 확인하기 위해 별도 구비서류 제출을 요구할 수 있습니다.

② 회사는 제5조 1항 3호(명의자 연령이 만 4 세 미만인 경우)에 해당하는 경우는 이용신청을 승낙하지 아니 합니다.

③ 회사는 청소년 및 보호자와의 계약 체결 시 청소년 전용 이용신청서를 사용할 수 있습니다.

④ 회사는 청소년 보호 관련 이용약관의 주요 부분, 청소년 요금제도, 성인물 콘텐츠 차단 신청 등에 대한 내용을 청소년 이용신청서에 명기 합니다.

**제44조(청소년 보호)** ① 회사는 청소년이 이용하는 이동전화는 청소년 본인 명의로 신청할 것을 권고합니다.

② 회사는 청소년이 이동통신을 이용하여 성인 콘텐츠 등 유해콘텐츠에 접근할 수 없도록 노력해야 합니다(청소년(실사용자 기준) 고객의 경우 성인 콘텐츠를 자동 차단할 수 있습니다).

③ 회사는 청소년 보호를 위해 보호자가 원할 경우 다음 각호의 서비스를 제공합니다.

1. 청소년정책요금제 무선인터넷 차단서비스
2. 휴대폰 소액결제 차단서비스
3. 무선데이터(인터넷) 통화료 부모 알리미

**제45조(청소년 이용계약 해지)** ① 회사는 다음 각호에 해당하는 청소년 이용계약을 체결한 경우에는 그 이해 당사자가 해지를 요구할 경우 이에 반드시 응해야 하며, 기납부한 요금(가입비, 보증금 또는 보증보험료)을 환불하고 미납요금 및 잔여 위약금에 대하여 청구행위를 할 수 없습니다.

1. 청소년 가입 시 보호자의 동의(동의서 및 인감증명서 등의 구비서류)를 받지 아니하고 체결한 이용계약
2. 청소년이 타인(부모, 친인척, 지인관계 등)의 명의를 도용하여 체결한 이용계약

L사도 다른 통신사와 마찬가지로 취약계층 아동·청소년을 보호할 수 있는 안전장치 등은 따로 확인되지 않았다. PASS 등의 간편한 본인인증 서비스를 모바일 부가서비스로 제공함으로써 법정대리인이 아동 명의 휴대폰 개통 이후 본인인증을 통한 유료콘텐츠 결제 등을 간이하게 할 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

### III 소결

이상에서 검토해 본 표준약관 및 통신업체의 약관의 내용에서 보건대, 약관의 내용 역시도 기본적으로 법정대리인이 아동·청소년을 위하여 복리적인 결정을 할 것이라는 원칙에 따라 규정된 것으로, 예외적 상황으로서 취약계층 아동·청소년을 보호할 수 있는 조치를 찾아보기 어려웠다. 오히려 통신업체의 약관 중에서는 법정대리인 여부가 한번만 확인되면 등록된 정보를 기초로 하여 추후 휴대폰의 신규개통 등에 추가 인증을 요하지 않는 경우도 있었고, 모든 통신업체에서 휴대폰

가입 시 간이한 본인인증이 이루어질 수 있는 서비스를 제공함으로써, 취약계층 아동·청소년의 법정대리인들이 아동명의로 무단 개통한 휴대폰을 통한 유료 콘텐츠 결제에 오히려 편의를 제공하고 있었다.

다만 표준약관 중 온라인게임 표준약관과 같이 법정대리인의 진위여부를 확인할 수 있는 절차와 법정대리인의 동의 및 법정대리인에게 고지 절차를 관련법인 「게임산업진흥법」을 근거로 구체화한 것도 있었다. 해당 법률과 약관의 입법취지에 동의하는 것은 아니나, 법정대리인 진위여부 확인을 위한 행정절차가 발동될 수 있다는 점과 법정대리인의 동의 등의 절차가 현재의 무방비 상태가 아닌 구체화된 규정으로 마련가능하다는 점은 확인되었다 할 것이다. 이러한 가능성을 바탕으로 취약계층 아동·청소년과 같은 특수한 상황에 놓여진 아동·청소년의 보호를 위한 방안을 검토해 볼 수 있겠다.

## 제3장 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 개선방안

### 제1절 | 친권 관련 조치 및 미성년 후견 개시 필요

이상에서 알아본 바와 같이 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현의 근본적인 해결책은 형식적 지위에서 친권을 남용하는 친권자에게 합당한 조치를 하여 그 권한을 박탈·제한·정지 시키는 것이다. 친권 관련한 구체적인 조치는 다음과 같다.

#### I 친권의 상실 및 미성년 후견 개시

친권상실제도는 친권자로부터 미성년자녀에 대한 권리·의무를 원천적으로 박탈하는 강력한 제재 수단으로, 「민법」 제924조 제1항에 규정되어 있다. 동 조항에 따르면, 민법상 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에 가정법원은 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의해 그 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있도록 하고 있다. 「아동학대처벌법」 제9조는 아동학대 행위자가 제5조 또는 제6조의 범죄를 저지른 때에는 검사는 그 사건의 아동학대 행위자가 피해아동의 친권자나 후견인인 경우에 법원에 「민법」 제924조의 친권상실의 선고 또는 같은 법 제940조의 후견인의 변경 심판을 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 「아동학대처벌법」 제5조는 아동학대범죄를 범한 사람이 아동의 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 난치의 질병에 이르게 하는 아동학대중상해를 말하며, 동법 제6조는 상습적으로 아동학대범죄를 범한 자를 상습범으로 처벌하는 내용을 담고 있다.

또한 「아동복지법」은, 지방자치단체장 또는 검사는 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행이나 아동학대, 그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우,

아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때 법원에 친권행사의 제한을 청구하여야 하고, 아동복지시설의 장 및 「초·중등교육법」에 따른 학교의 장도 경우에 따라서 친권행사의 제한을 청구할 수 있다.<sup>66)</sup> 「아동복지법」상 친권 상실 및 제한 청구 이후의 절차는 「민법」상의 절차를 따라야 한다.

이처럼 「민법」 또는 「아동학대처벌법」을 통하여 친권이 상실되는 경우 친권자의 친권이 완전히 박탈이 되는 것이므로, 「민법」 제928조에 따라 미성년자 친권자의 친권이 상실되어 친권의 전부를 행사할 수 없는 경우로서 미성년후견인을 두어야 한다. 「민법」 제932조 제1항은 「민법」 제924조에 따라 친권의 상실 선고가 있어 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 가정법원이 직권으로 미성년후견인을 선임한다고 규정하고 있다. 구체적인 절차에 있어 가사소송법은 친권 상실을 마류 가사비송사건으로 (7)로, 미성년후견인 선임은 라류 가사비송사건으로 (18)로 규정하고 있는데, 친권상실의 선고와 미성년후견인 선임이 함께 진행되어 판단될 필요가 있으므로 「가사소송법」 제14조에 따라 병합하여 청구할 수 있다 할 것이다.<sup>67)</sup>

## II 친권의 일시정지·제한 및 미성년 후견 개시

### 1. 친권의 일시 정지

친권의 일시정지는 친권의 전부 또는 일부를 일정 기간 동안 제한하는 것으로서 친권상실의 정도까지는 이르지 않은 사안에 능동적으로 대응하기 위한 제도이다.<sup>68)</sup> 친권의 일시정지는 친권 상실과 같이 친권에 대한 전면적으로 권한을 박탈하는 것이나, 그 기간에 있어서 운용의 묘를 살릴 수 있는 것으로 친권 상실보다는 완화된 조치로서 활용될 수 있다.

「민법」 제924조 제1항은 친권 상실과 함께 친권 일시정지를 규정하면서, 동조 제2항에서 정지 기한의 상한을 2년으로 두고 있다. 그리고 동조 제3항은 2년의 범위 내에서 한 차례 연장이 가능

66) 「아동복지법」 제18조 참조

67) 이에 대하여 마류 가사비송사건의 관할은 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이고, 라류 가사비송사건 중 미성년후견의 관할은 피후견인의 주소지를 관할하는 곳의 가정법원이므로 그 관할이 상이하고, 가사비송사건에 관하여 「가사소송법」 제35조 제2항은 동법 제13조 제2항에서 제5항까지만 준용하고 있어, 관할이 다른 사건이 청구될 경우 병합에 대한 지침이 없는 바 이는 입법적 과오라는 지적이 있다. (예컨대, 제철웅, 「개정 미성년후견 제도의 입법상의 문제점에 대한 반성 - 자기 폐쇄적 민법연구 실태의 반성을 겸하여-」, 『법학논총』 제36권 제1호, 2016, 413쪽 참조), 그러나 미성년후견사건을 직권으로도 개시할 수 있다는 점에 비추어 병합으로서 운용 가능할 것으로 보인다.

68) 정현수, 「미성년후견제도의 개선을 위한 몇 가지 제언」, 『동북아법연구』, 제10권 제3호, 2017, 727쪽

하도록 규정하고 있다(총 4년 가능). 「아동학대처벌법」은 친권의 일시 정지의 내용을 담은 규정을 아동학대범죄처리 진행 절차에 따라 여러 차례 규정하고 있는데, 우선 동법 제19조는 아동학대 행위자에 대한 임시조치의 내용으로 동조 제1항 제4호로서 친권 또는 후견인 권한 행사의 정지를 규정하고 있다. 이 때의 일시 정지의 기한은 2개월을 초과할 수 없으나, 필요한 경우 한 차례 연장할 수 있다(동조 제3항). 「아동학대처벌법」 제36조는 아동학대 행위자에 대한 보호처분으로써 피해아동에 대한 친권 또는 후견인 권한 행사의 정지를 규정하고 있다(동조 제1항 제3호). 이 때의 일시 정지의 기간은 1년을 초과할 수 없으며(동법 제37조), 법원은 필요하다고 인정하는 경우 그 기간을 변경할 수 있으나, 종전 처분기간을 합산하여 2년을 초과할 수는 없다(동법 제40조). 또한 「아동학대처벌법」 제47조는 피해아동보호명령제도를 규정하고 있는데, 동조 제1항 제7호(제8호)에 따라 친권자인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 정지가 가능하다. 이 때의 기간은 1년을 초과할 수 없으나, 필요시 3개월 단위로 연장하여 총 기간은 4년을 초과할 수 없다고 규정되어 있다(동법 제51조).

친권의 일시 정지의 경우 미성년 후견인 선임에 있어, 「민법」의 경우 친권 상실의 경우와 같이 「민법」 제928조와 제932조에 따라 미성년후견인을 선임하여야 한다. 한편 「아동학대처벌법」은 특별한 조항을 두고 있는데, 동법 제23조는 임시조치로 인하여 친권을 행사할 사람이 없는 경우 그 임시조치 기간 동안 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수·구청장·아동보호전문기관의 장 및 가정위탁지원센터의 장으로 하여금 임시로 후견인의 임무를 수행하게 하거나 그 임무를 수행할 사람을 선임하도록 하고, 해당조항은 각 보호조치와 피해아동보호명령에도 준용하고 있다. 「아동학대처벌법」 제23조는 특히 2달간의 단기간 친권의 일시정지인 임시조치의 경우에 있어 실무적으로 자주 활용되고 있는데, 주목을 받았던 부천 초등생 시신훼손사건(2016), 인천 맨발탈출 소녀 사건(2015) 등에 있어 해당 관할 지역아동보호전문기관 장이 임시로 후견인의 임무를 수행할 사람으로 지정된 바 있다.

## 2. 친권의 제한

친권의 일부 제한은 자녀의 신상에 관한 사항 중 특정한 내용에 대해서만 친권자가 친권을 행사할 수 없도록 하고 이에 대한 제한적 미성년후견이 개시될 수 있도록 하는 것이 그 본질적 기능이다.<sup>69)</sup> 친권의 제한은 기존의 친권 상실이 전면적인 모든 친권자의 권한을 박탈한다는 한계에 대

69) 윤진수(편집대표), 「주해친족법」(제2권), 박영사, 2015. 1139면

응하여 “특정사안”에 대한 친권을 제한한다는 측면에서 매우 유연성 있는 수단이 될 수 있고,<sup>70)</sup> 친권을 필요 최소한도 내에서만 제한할 수 있기 때문에 비례의 원칙에도 부합한다.<sup>71)</sup>

「민법」 제924조의2에 따르면 가정법원은 거소의 지정이나 징계, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다. 「아동학대처벌법」상 임시조치, 보호조치, 피해아동보호명령 역시 친권의 일부에 대한 제한이 가능하다고 규정하고 있다. 이와 같은 친권의 일부 제한이 있는 경우, 「민법」의 절차로서는 친권의 상실·일시 정지의 경우와 같이 동법 제928조와 제932조에 따라 미성년후견인을 선임하여야 하고, 「아동학대처벌법」의 절차로서는 동법 제23조에 따른 임시로 후견인의 임무를 수행할 사람을 지정하여야 한다.

친권의 제한에 있어 문제가 되는 부분은 “특정한 사항”에 대한 “구체적인 범위”를 어떻게 구현해 낼 것이냐는 점이다.<sup>72)</sup> 「민법」 제924조의2의 규정에 따르면 아동과 관련된 일체의 사항에 대한 각각의 행위나 결정 등에 대하여 법원이 임의적으로 범위를 지정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 실무적으로는 특히 아동학대처벌법상의 “판사 직권” 명령(결정)의 가능성에도 불구하고, 청구권자의 청구취지에서 그 범위가 구현될 수 밖에 없다 할 것이다. 이에 「민법」의 경우 “자녀(아동), 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장”, 「아동학대처벌법」의 경우 “검사”, “피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 아동보호전문기관 장”의 청구 내용을 법원이 면밀히 살펴, 아동이 처해 있는 개별 사안에 대하여 예방적 범위를 감안하여 복리를 실현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

### Ⅲ 「시설미성년후견법」의 검토

「시설미성년후견법」은 입법경위 등을 비추어 보건대, 시설입소 아동·청소년이 고아인 경우를 가정하여 아동의 후견보호공백을 방지하기 위하여 마련된 것인 바, 고아가 아닌 아동·청소년인 경우 복잡한 절차를 거쳐 후견인 지정을 받을 수 있을 뿐이다. 또한 전술한 「민법」상의 친권 제한

70) 백경희, 「아동학대에 대한 친권제한의 실효적 적용에 관한 고찰」, 『법연구』 제57권 제2호, 2016, 150쪽

71) 김민지, 「친권정지·제한제도에 관한 민법일부개정안의 소개 및 검토」, 『법학논총』 제27권 제2호, 2014, 19쪽

72) 실무적으로 학대 피해아동에 대하여, “피해아동의 특정 계좌에 입금된 금원을 행위자가 출금하지 못하게 하는 행위” 등을 청구하고 있다.

및 미성년 후견과의 관계에 있어, 동법 제4조를 보면, 후견인을 지정하기 위하여 위한 부양의무자 확인 공고 조항을 두고 있는 것이 확인 되는 바,<sup>73)</sup> 이는 보호시설에 있는 미성년자로서 “후견인”이 지정될 미성년자에게 부양의무자가 존재할 수도 있다는 것을 전제로 함을 알 수 있다. 그런데 아동·청소년에게 있어 부양의무자란 친권자일 수 밖에 없으므로, 친권자가 존재하는 이상 친권자의 친권에 대한 제한 등을 하지 않는 이상, 현행법상 “후견인”을 다시 선정할 수는 없다. 반대로 친권자가 부양의무자로서 존재함에도 불구하고 동법에 따라 “후견인”으로서 시설 장 등이 선정될 수 있다고 한다면, 미성년후견인은 한 명만 있을 수 있다는 원칙에 어긋난다.<sup>74)</sup>

따라서 고아가 아닌 아동·청소년의 시설입소 시 「시설미성년후견법」의 취지는 친권자(후견인)가 친권의 제한 등의 절차를 거치지 않았으나, 실제 아동과 함께 생활하지 아니하여 양육하지 않으므로, 친권의 실질적 행사가 불가능하고, 이로써 아동의 복리가 저해될 우려가 있다는 점에서 법률로 친권(후견권) 대행<sup>75)</sup>의 근거를 두어 아동을 실제 보호하고 있는 시설 장 등에게 후견임무 대행자의 지위를 인정하겠다는 것으로 보인다. 실무적으로도 특히 고아가 아닌 미성년자가 보호 시설로 보호되고 있는데, 「민법」과 「아동학대처벌법」상 친권의 제한 등을 거치지 않아 기본증명서상의 기재의 변동이 없는 경우가 많고, 이때 시설의 장은 친권(후견권)을 실질적으로 대행하며 아동의 신상에 관련한 결정을 하고 있는 것이다. 과거 공동생활가정 등에서 해당 법률을 근거로 시설장이 아동의 계좌를 개설하는 것에 편의를 받았던 것은 이러한 해석으로 포섭할 수 있겠다.

다만, 원칙적으로 시설장이 후견인으로서 지위를 가지기 위해서는 전술한 바와 같은 「민법」 및 「아동학대처벌법」의 절차를 거쳐 친권에 대한 조치를 하고, 미성년후견을 개시하여야 할 것이다.

73) 「시설미성년후견법」 제4조(부양의무자 확인 공고) ① 보호시설의 장은 제3조에 따른 후견인 지정 등에 있어 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 부양의무자 확인 공고를 의뢰하여야 한다. 다만, 다른 보호시설의 장이 확인 공고를 의뢰한 사실이 있는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 부양의무자 확인 공고를 의뢰받은 특별자치시장·시장·군수·구청장은 대통령령으로 정하는 기간 동안 공고를 하여야 한다.

74) 「민법」 제930조(후견인의 수와 자격) ① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.

75) 일반적으로 “대행”이란, 원래 해당 권한을 가지고 있던 자가 제대로 직무 등을 수행하지 못할 사정이 있는 경우, 원래 권한자의 “상무(常務)”에 한하여 직무를 대신하는 것을 말한다. 이러한 “대행의 지정은 법원의 결정을 통하여 개개로 이루어지기도 하지만, 법률 상 미리 그 대행자를 정하여 두고 특별한 절차 없이 권한자에 대한 사고 등 사정이 생길 경우 당연히 “대행”이 원래 권한자의 상무에 한하여 직무를 대신하도록 한다. 친권의 제한 등이 발생하는 경우 아동의 보호의 공백을 없애기 위하여 친권에 온전히 대응하는 “후견인”을 선임하는 것이 원칙적인 모습임에도 불구하고, “친권자”와 같은 수준의 “양육”과 “보호”를 행하는 “후견인”을 선임하는 절차에는 상당한 기간이 소요될 수 밖에 없으므로, 후견인 선임이 되기까지 부득이 보호의 공백을 방치하게 될 우려가 있다. 이에 「시설미성년후견법」 등에서 시설장이 당연히 후견인이 된다는 취지는 이러한 “대행”을 의미하는 것으로 보인다.

## Ⅳ 후견 관련 검토 및 개선방안

### 1. 미성년후견제도의 실무상 문제와 개선방안

#### 가. 후견인 선임상의 어려움

아동의 복지를 위하여 친권자 또는 후견인인 아동학대 행위자의 친권 제한 등이 꼭 필요한 상황임에도 친권자의 역할을 대신할 사람이 없다는 이유로 친권 제한 등의 명령(결정)을 내리지 못하는 경우가 실무적으로 발생하고 있으며, 이는 성년후견과 달리 아동에 대하여 포괄적 권한을 가지는 친권자의 역할을 대신할 미성년후견인을 선정하는 것은 간단하지 않기 때문이다.

미성년후견인은 미성년자를 보호하고 교양할 권리의무를 부담하는데,<sup>76)</sup> 여기서 미성년자에 대한 보호·교양의 의무라 함은 미성년자의 양육을 위하여 미성년자를 위험이나 곤란이 미치지 않도록 잘 보살피고 돌보고 지식과 기술 등을 가르쳐 인격을 길러주는 등의 역할을 뜻하며,<sup>77)</sup> 미성년자를 신체적·정신적으로 건강하게 양육해야 할 의무와 책임이자, 이를 이행하는 데 있어서 방해받지 않을 권리를 의미한다.<sup>78)</sup> 성장과정 중의 존재로서 건전한 성인으로서의 성장을 위한 양육이 필수적인 미성년자에 있어 후견인의 역할은 그 범위가 넓은 것은 물론이고, 그 책임도 상당하여 친인척 등을 제외하고 선뜻 미성년후견인을 자처하는 경우는 매우 이례적이다.

#### 나. 현행 미성년 후견제도 개선점

##### 1) 복수의 미성년후견인제도 마련

여러 명의 후견인을 둘 수 있는 성년후견인과 달리 현행 「민법」은 미성년후견인은 1인으로 제한하고 있다.<sup>79)</sup> 성년후견의 경우 일반적으로 재산 관리 의무만을 부담하는 것에 비하여 미성년후견의 경우는 미성년자에 대한 신상보호의 의무를 추가로 부담하여야 함에도 1인으로 제한하고 있는 것이다. 이는 미성년자의 신상에 대한 결정에 있어 후견인 사이의 의견 불일치나 충돌의 문제가 발생할 우려 및 책임소재의 불명확성을 방지하기 위한 것으로 보고 있으나,<sup>80)</sup> 성년자와 달리 성

76) 「민법」 제945조, 제913조 참조

77) 윤진수, 앞의 책, 1039면.

78) 김주수·김상용 공저, 『친족·상속법』(제15판), 법문사, 2018, 436면

79) 「민법」 제930조 제1항

80) 김현수·김원태, 『미성년후견제도에 관한 입법평가』, 한국법제연구원, 2013, 109쪽

장과 발달 과정에 있는 존재인 미성년자(피후견인)에 대하여 추가적인 정서지원, 양육환경 마련 등의 적극적인 후견이 필요함에도 불구하고, 위와 같은 이유로 후견인을 1인으로만 제한하는 것은 업무 편의성에만 중점을 둔 발상이라 아니할 수 없다.<sup>81)</sup>

특히 변호사, 사회복지사, 법무사 등 전문가후견인의 경우 피후견인인 미성년자와 동거하지 않는 경우가 많아 보호의 공백이 발생할 우려가 있는 바, 전문가후견인의 장점에도 불구하고 선정이 어렵다는 결론에 이르게 된다. 이에 미성년 후견인을 복수로 둘 수 있도록 법률 개정이 필요할 것이다.

## 2) 전문가후견인 지원 시스템 마련

현행법상 미성년후견인이 포괄적인 보호자로서의 역할을 기대하고 구현된 것임에 비추어 전문가후견인은 애초에 방향 자체가 상이한 것이 아닌가 하는 의구심이 들고, 실제 전문가 후견을 담당하고 있는 그룹에서 많은 어려움이 보고되고 있다.<sup>82)</sup> 그러나 전문가후견인 1인이 미성년자에 대한 포괄적인 관점에서의 보호자 역할을 담당하기에는 한계가 있고, 특히 전문가후견인은 자신이 “전문가”로서의 역량을 발휘하기 어려운 분야에서 어떠한 역할을 담당하여야 하는지 제대로 파악하기 어려울 수 있다.

후견사건의 처리에 관한 예규에 따르면, 법원은 후견이 개시되면 특별한 사정이 없는 한 지체 없이 새로이 선임된 후견인에 대하여 그 직무와 책임에 관한 교육을 실시하여야 하지만, 새로이 선임된 후견인이 전문가후견인이어서 별도의 교육이 필요 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(후견사건 처리에 관한 예규 제6조 제1항). 이에 따라, 현재로서는 전문가후견인에 대한 후견사무 교육이나 사무지침 또는 매뉴얼이 체계적으로 제공되지 않은 채, 전문가후견인이 개별적으로 능력껏 활동하고 있는 경우가 많다.

이제 전문가후견인에 대한 체계적인 지원시스템을 구축을 위하여 전문가후견인의 사무지침 또는 매뉴얼을 마련하여 최소한의 후견사무의 기준을 설정하고 이에 대한 지속적인 교육을 실시하여야 할 것이다. 또한 가정법원과 전문가후견인 간의 원활한 소통체계를 확보함으로써, 전문가후견인이 후견사무 수행과정에서 발생할 수 있는 부족한 점을 상시적으로 보완하여야 한다.<sup>83)</sup>

81) 윤우일, 「미성년후견제도의 개선을 위한 제안」, 『아주법학』, 제13권 제4호, 2020, 44쪽

82) 이상희, 「현행 미성년후견제도의 문제점과 개선방안 - 이른바, 전문가후견인의 문제를 중심으로 -」, 『동아법학』 81호, 2018, 9쪽

83) 이상희, 위의 글, 13쪽

### 3) 법인후견인제도 도입

현행 민법상 법인은 미성년후견인이 될 수 없으나, 법인 단위에서의 미성년후견 업무 조력이 가능하다면, 보다 전문적이고 세심한 후견 업무를 진행할 수 있을 것으로 보인다. 특히 소규모 공동생활가정의 경우 시설장이 후견인으로 지정되는 것에 대한 부담감을 공통적으로 토로하고 있었는데, 법인 단위로 후견 업무를 진행한다면 전문적인 후견 업무 조력과 책임있는 업무 수행이 가능할 것으로 기대된다. 이에 법률개정을 통하여 법인도 미성년후견인으로 선임될 수 있도록 하고, 법인 소속 전문가들이 각자 미성년자에 대한 신상보호와 재산관리의 역할을 분담하여 미성년자에 대한 더욱 면밀한 보호를 하는 방안이 마련될 필요가 있다 할 것이다.<sup>84)</sup>

### 4) 재정 부담의 문제

「민법」에 따르면, 미성년후견인의 후견에 대한 보수는 미성년자의 재산 중에서 수여되며, 후견 사무를 수행하는 데 필요한 비용 역시 미성년자의 재산 중에서 지출된다.<sup>85)</sup> 따라서 미성년자가 자신의 명의로 이와 같은 보수와 비용을 감당할 정도의 재산을 보유하지 않은 경우 미성년후견인은 사실상 자신의 비용을 들여 후견사무를 담당하여야 하는 경우도 발생한다. 미성년후견인이 미성년자에 대해 친권자와 다른없는 막중한 의무를 부담하면서 재정적 부담까지 지게 된다면, 미성년후견인으로 선임되려는 자를 찾기 매우 어려울 뿐 아니라, 설령 미성년후견인으로 선임되더라도 미성년자에 대한 양질의 보호가 이루어지기 어렵다 할 것이다.<sup>86)</sup> 이러한 재정부담의 문제는 후술하는 공공후견인제도 등을 통하여 해결할 수 있을 것으로 보인다.

## 2. 특정후견 활성화 검토

취약계층 아동·청소년의 경우 법정대리인의 후견적 개입이 이루어지 않아 보호의 공백 속에 있는 것이므로 국가의 적극적인 후견적 개입이 필요하고, 위와 같이 만연히 미성년후견인 지정의 어려움을 들어 보호의 공백을 방치해서는 아니 된다 할 것이다. 특히 현재 취약계층 아동·청소년에

84) 독일·일본 등에서도 법인후견을 인정하고 있다. 미성년후견제도에 관한 비교법적 검토에 관하여, 김현수·김원태, 앞의 책, 55~104쪽 참조.

85) 「민법」 제955조(후견인에 대한 보수) 법원은 후견인의 청구에 의하여 피후견인의 재산상태 기타 사정을 참작하여 피후견인의 재산 중에서 상당한 보수를 후견인에게 수여할 수 있다.  
제955조의2(지출금액의 예정과 사무비용) 후견인이 후견사무를 수행하는 데 필요한 비용은 피후견인의 재산 중에서 지출한다.

86) 동일한 견해로 박상호·예철희, 「미성년자후견제도의 문제점과 개선방안」, 『공공정책연구』 제27집 제2호, 2010, 305쪽

게 발생하는 계좌개설·휴대폰 개통의 문제는 상당히 유형화되어 있으므로, 이에 대한 법정대리인의 특정권한을 제한하고 실질적인 복리적 결정을 해줄 특정후견인을 선임하는 형태를 적극적으로 고려해 볼 수 있겠다.

가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여 특정후견의 심판을 할 수 있다.<sup>87)</sup> 따라서 가정법원은 피특정후견인의 재산 또는 신상과 관련된 특정한 법률문제의 해결을 위하여 관계인에게 특정행위를 명하거나 부작위를 명하는 등의 방법으로 사무처리에 필요한 처분을 할 수 있게 된다. 또한 가정법원은 특정후견 감독 권한을 활용하여 특정후견인의 사무를 감독할 수 있다.

취약계층 아동·청소년에게 있어서도 이 같은 특정후견 형태로서 가정법원으로 대표되는 국가가 아동·청소년을 위한 복리적 결정에 개입할 수 있을 것이다. 이러한 특정후견이 개시될 경우, 미성년 후견인의 명수를 1명으로 제한하고 있는 규정에도 불구하고, 일정한 기간 내에는 범위가 중첩되지는 않으나 친권자(미성년후견인)와 특정후견인의 권한이 병존하는 경우도 있을 수 있다 할 것이다.<sup>88)</sup>

### 3. 법정후견제도 마련 및 공공후견인 제도 정착

법정후견인 제도는 취약계층 아동·청소년의 경우를 특정하여 법률적으로 후견인을 정해두는 형태로서, 「시설미성년후견법」에서 고아의 시설입소 아동들에 대하여 시설장을 후견인으로 지정해 둔 것과 같이 법률적인 근거를 요한다. 취약계층 아동·청소년에 대하여 일의적이고 신속한 법정후견제도를 마련된다면 이는 취약계층 아동·청소년의 시설 등의 입소의 근거가 되는 현행 「아동복지법」 제15조의 보호조치의 개정을 통하여 규율하는 것이 체계정합성에 부합할 것으로 보인다. 현재 「아동복지법」 제15조는 보호를 맡은 자, 예컨대 대리양육자, 가정위탁부모, 아동복지시설의 장과 친권자와의 관계에 대한 구체적인 규율을 하고 있지 아니하여 친권자 아닌 보호자가 일정한

87) 「민법」 제14조의2(특정후견의 심판) ① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 특정후견의 심판을 한다.

③ 특정후견의 심판을 하는 경우에는 특정후견의 기간 또는 사무의 범위를 정하여야 한다.

88) 특정후견의 심판을 미성년후견인이 청구할 수도 있고, 특정후견의 개시가 미성년후견의 종료사유로 따로 규정되어 있지 않다.

권한을 가지는지, 보호자가 친권을 제한할 수 있는 권한이 있는지가 불명확한 실정이다.<sup>89)</sup> 이에 취약계층 아동·청소년의 복리를 위하여 보호조치 시 법정후견이 개시되어 후견인이지 지정될 수 있도록 해당 규정의 개정을 검토해 볼 수 있겠다.

법정후견을 통하여 후견인을 지정할 경우, 상시적으로 양질의 후견인 풀을 국가가 보유하고 있어야 한다는 조건이 충족되어야 한다. 이에 현재 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」의 경우 발달장애인 중 특정후견을 신청한 사람에 한하여 국가가 양성한 공공후견인을 정부의 비용으로 선임하는 제도를 실시하고 있어, 해당 제도를 정착시킨다면 양질의 후견인을 신속히 지정하는 데 문제가 없을 것으로 생각된다.

## 제2절 「개인정보보호법」상 법정대리인 동의 규정의 개정 검토

### I 법정대리인 사전동의 방법의 구체화 등

이상에서 검토한 바와 같이 현행 「개인정보보호법」상 법정대리인의 사전동의는 그 중요성에도 불구하고 구체적인 방식 등에 대한 어떠한 제한도 없어서, 사전동의를 받지 않는 경우 개인정보처리자가 부담하는 엄청난 불이익과 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실현에 미치는 영향에 비하여 입법적인 미비가 두드러진다고 할 것이다. 사전동의의 전제는 이 동의가 무슨 의미이고 동의 시 발생할 수 있는 문제점 등을 충분히 숙지한 후 정보주체인 아동·청소년을 위한 복리적인 결정에 이를 것이라는 법정대리인에 대한 신뢰인 바, 이러한 신뢰를 벗어나는 예외적인 법정대리인의 경우에 있어서의 위험성을 최소화 할 수 있는 다양한 장치들을 마련할 필요가 있다 할 것이다.<sup>90)</sup>

#### 1. 미국의 사전·사후동의

미국의 경우, 아동의 온라인 개인정보보호를 위하여 법정대리인을 원칙적인 보호의 주체로 상정하되, 첫 번째로 법정대리인에게 운영자가 개인정보 처리에 대한 매우 구체적인 고지를 진행하

89) 이은정, 「친권 제한의 유연화 -신분적 효력을 중심으로-」, 『가족법연구』 제27권 제1호, 2012, 222쪽

90) 이하의 외국 입법례의 내용은 전윤선·나종연, 「아동 소비자의 온라인 개인정보보호 관련 미국, EU, 영국, 한국의 법제도 비교 고찰」, 『소비자문제연구』, 51(2), 2020, 9쪽 이하를 참고한 것입니다.

고 이에 대하여 법정대리인이 사전 동의를 하도록 하며, 두 번째로 직접 동의의 절차를 세분화 하고 있다.

구체적으로 미국의 온라인아동프라이버시보호법 시행령(Children's Online Privacy Protection Rule : COPPA) 제312.3조에 따르면 아동을 대상으로 하거나 아동의 개인정보를 수집한 실질적 근거가 있는 운영자는 아동의 개인정보를 보호하기 위해 아동의 개인정보 수집내용, 사용방법, 공개절차 등에 대해 고지해야 하며 이에 대해 반드시 법정대리인으로부터 동의를 받아야 한다. 또, 개인정보가 수집된 아동의 법정대리인에게 이를 확인하고, 수집된 정보의 사용 또는 보유를 거절할 수 있는 합리적 수단을 제공해야 하며 아동의 온라인 활동 참여 시 합리적으로 필요한 수준보다 더 많은 개인정보 공개를 요구하지 않도록 해야 한다. 마지막으로 수집된 아동 개인정보의 기밀유지, 안전성, 일체성을 지키기 위한 합리적인 절차를 마련하고 유지해야 한다.

특히 고지방법에 대하여서는 COPPA 제312.4조에서 운영자가 아동의 개인정보 수집과 관련하여 법정대리인에게 직접 고지하는 것과 아동이 이용하는 웹 사이트나 온라인서비스에서 개인정보를 수집하는 각 영역 내에 개인정보 수집절차를 고지하는 것을 병행하도록 하고 있다. 법정대리인에게 아동의 개인정보 수집과 관련된 고지를 하고 난 뒤, 운영자는 온라인 지불 시스템이나 전화, 영상통화, 신분증확인, 이메일 등의 방법을 통해 법정대리인의 명백한 동의를 받아야 한다. 이러한 아동의 개인정보 수집 관련 고지 및 동의는 이전에 동의를 받았더라도, 변동사항이 발생할 경우 다시 고지되고, 동의를 획득해야 한다.

## 2. EU의 동의 방법

EU에서는 2018년부터 시행된 ‘일반 개인정보보호법(General Data Protection Regulation; 이하 GDPR)에서는 아동의 개인정보 수집 등과 관련하여 별도의 조항을 마련하고 있지는 않으나, 아동을 대상으로 하는 경우에 있어 기업이 중시하여야 하는 아래와 같은 사항을 언급하며 아동의 개인정보 보호 및 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 가이드라인을 제시하고 있다.

GDPR 제8조는, 아동 개인정보에 대한 일반적인 동의 원칙으로서 아동의 온라인 개인정보 처리는 해당 아동이 최소 16세 이상인 경우에만 적법하며, 그렇지 않은 경우 아동의 친권을 보유자가 동의를 제공하거나 승인해야 하여야 하는데, 개인정보처리자는 법정대리인이 실제 동의를 제공하거나 승인했는지 여부를 입증해야 한다. GDPR 제6조 제1항 제f호에서는 정보주체가 아동인

경우 아동의 기본 권리와 이익, 자유가 기업의 이익목적보다 우선함을 명시하고 있어 기업이 아동의 권리를 우선으로 여길 수 있도록 강조하고 있다.

### 3. 「게임산업진흥법」상의 동의 검토

온라인게임 표준약관에서 언급된 「게임산업진흥법」의 조항들은 그 입법취지에는 완전히 동의하기 어려우나, 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 실현 가능한 방식으로서의 검토는 가능하다는 점은 전술한 바와 같다. 「게임산업진흥법 시행령」에서 규정하고 있는 법정대리인의 동의 방식<sup>91)</sup>은 다음과 같다.

우선 본인확인을 위하여 제3자 및 행정기관에 의뢰하거나 대면확인을 하는 동의 수단을 게임물 관련사업자가 마련하여야 하며, 동의의 구체적인 방식에 있어, ① 동의 내용이 적힌 서면을 법정대리인에게 직접 발급하거나 우편 또는 팩스를 통하여 전달하고 법정대리인이 동의 내용에 대하여 서명하거나 날인하게 한 후 제출하도록 하는 방법, ② 동의 내용이 적힌 전자우편을 발송하여 법정대리인으로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 전송받는 방법, ③ 전화를 통하여 동의 내용을 법정대리인에게 알리고 동의를 받거나 인터넷주소 등 동의 내용을 확인할 수 있는 방법을 안내하고 재차 전화를 통하여 동의를 받는 방법을 규정하고 있다. 또한, 이러한 고지에 있어 휴대전화에 의한 문자전송, 전자우편, 팩스, 전화 또는 문서 등의 방법으로 월 1회 이상 고지하도록 하고 있다.

### 4. 소결

미국의 COPPA에서 규정하는 바와 같이 아동·청소년의 개인정보 활용 동의 등에 있어 법정대리인에게 온·오프라인 상으로 고지를 거듭하여 법정대리인에게 내용을 충분히 숙지 시킨 후 동의를 진행하도록 하며, 사전동의 이후 다시 본인확인을 추가로 하여 사후동의까지 받는 이중의 안전장치는 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현을 위한 방안으로 참고할 만 하다 할 것이다. 우리나라의 「게임산업진흥법」상의 법정대리인의 동의 절차 역시 이러한 방법적인 구현이 가능함을 전제로 위 법령이 제정되었다고 할 때, 취약계층 아동·청소년과 같이 특수한 배려가 필요한 아동·청소년에 대하여는 법정대리인의 동의의 요건을 보다 엄격히 함으로써 개인정보자기결정권의

91) 「게임산업진흥법 시행령」 제8조의3 참조

침해에 대응할 수 있다는 측면에서 바람직해 보인다. 물론, 위의 모든 고지, 사전·사후동의 요건을 형식상의 법정대리인이 악의적으로 회피하거나 악용할 가능성은 상존하나, 적어도 아동·청소년의 주민등록상의 주소지로의 고지 등을 추가로 입법함으로써 아동을 실제로 양육하고 있는 시설 측이 이를 최소한 인지라도 할 수 있는 여건을 마련할 필요는 있다 할 것이다.

EU의 GDPR상 법정대리인의 동의·승인여부의 입증을 개인정보처리자가 지는 방식 역시 아동·청소년의 개인정보 보호 등을 위하여 바람직한 방향이라고 생각한다. 이러한 원칙을 「개인정보보호법」에 명기함으로써 개인정보처리자가 아동·청소년의 본인확인, 법정대리인의 실제 동의 여부를 보다 엄격히 확인할 수 있는 방안을 마련하는 것을 촉구할 수 있을 것으로 보인다.

## II 개인정보 지속 관리 등에 대한 제한 등

개인정보의 경우 그 수집·이용의 최초 동의가 이루어진 이후 개인정보처리 기간이 종결하기 전까지 지속적이고 장기적으로 이용되는 특성이 있고, 그럼에도 불구하고 정보주체 및 대리동의자들은 개인정보의 이용기간과 기간 중의 장기적인 활용에 대한 엄중한 인식을 하고 있지 않는 실정이다. 어플리케이션의 사용 등의 경우에 있어 단순히 어플리케이션을 삭제하는 것만으로 개인정보의 보유가 중단되고 개인정보의 파기가 이루어지는 것이 아니라, 번거로운 탈퇴절차를 추가적으로 거쳐야 한다는 점을 숙지하지 못하고 있는 경우가 많다.

특히 아동의 개인정보의 경우, 성인이 될 때까지 축적이 되어 그 보유의 위험성이 커짐에 비추어 본다면 애초에 이용자의 탈퇴와 같은 요건으로 개인정보가 파기되는 것이 아니라, 보유 기간을 단기간으로 설정하고 계속 보유 여부에 대한 추가적인 동의를 받는 방식으로 변경되는 것이 바람직 할 것이다. 「게임산업진흥법 시행령」 제8조의3에서 규정한 바와 같이 최초 동의 이후 지속적으로 정보주체 및 법정대리인에게 정보보유 여부 등의 추가동의를 위한 고지를 지속하는 방식을 고려해볼 여지가 있다 할 것이다.

### 제3절 | 표준약관 개정 및 기업의 자발적 노력 필요

현재의 표준약관의 경우, 전자상거래 및 온라인게임 등 비대면 법률행위의 경우와 유료 콘텐츠 결제 등이 예견된 경우에 한하여 아동에 대한 법정대리인의 동의 등을 추가로 언급한 정도에 불과하고, 아동·청소년의 개인정보자기결정권 전반에 관한 규율이 미비한 상황이다.

이에 공정거래위원회에서 제안하는 표준약관에 아동·청소년 관련 특별 규정을 두고, 법정대리인의 동의 절차에 대하여 엄격하고 구체적으로 규정하며, 법정대리인의 실제 동의 등의 입증책임을 기업에게 부여하는 형식의 일반규정을 둘 필요가 있다 할 것이다. 법정대리인의 동의 절차는 원칙적으로 정보주체와 법정대리인 양자 모두의 대면을 요하도록 하며, 서로의 주소지의 동일성 등을 반드시 확인하도록 하고, 사전동의로 그칠 것이 아니라 다시 해당 동의를 확인하는 내용을 정보주체와 법정대리인의 각 주소지에 보내서 법정대리인임을 입증할 수 있는 방법 등을 통하여 회신을 받도록 하는 내용을 포함시킬 필요가 있다.

표준약관상의 기재가 아니라 하더라도, 기업 스스로 아동·청소년의 개인정보보호와 개인정보자기결정권 실질 구현의 중요함을 숙지하여, 아동·청소년의 개인정보 수집·이용·보유 등을 위한 동의절차 등에서 보다 엄격한 요건을 만들고, 이러한 본인확인 의무를 다하였다는 것에 대한 입증책임도 기업이 질 수 있도록 하여야 할 것이다.

외국의 경우에 있어 기업의 자발적 노력을 보건대, EU의 경우 GDPR에서 기업들에게 개인정보 보호를 위한 행동강령과 인증을 하도록 권고하고 있으며, 그 행동강령 상에서는 아동의 보호에 대한 내용과 법정대리인의 동의를 획득하는 방식을 포함시키도록 하여 기업들의 자발적 노력을 끌어내고 있으며, 영국의 경우 ‘개인정보보호 영향 평가(Data Protection Impact Assessments; 이하 DPIA)’를 통해 기업이 아동에 대한 개인정보를 처리하는 과정에서 아동의 권리와 자유를 침해하지 않는지를 검토하고, 아동의 연령과 발달단계에 따른 개인정보 동의 등의 단계적 요구사항이 마련되었는지도 평가의 내용으로 삼는 바, 기업들이 해당 기준을 준수하기 위하여 노력하고 있는 것으로 확인되고 있다.<sup>92)</sup>

92) 전윤선·나종연, 앞의 논문, 12쪽 이하

앞서 검토한 통신업체들의 경우 아동·청소년 본인의 대면 없이도 만연히 휴대폰 개통을 해주고 있었으며, 법정대리인의 정보를 한번 등록하면 향후에 그 정보를 가지고 아동명의의 신규 휴대폰을 개설할 수도 있도록 하고 있었다. 유료 콘텐츠 결제의 기초가 되는 본인인증 서비스를 부가서비스로 넣어 휴대폰 개통 시 바로 이용할 수 있도록 하면서도, 본인인증 절차를 엄격하게 해놓지 않아, 본 연구에서와 같은 취약계층의 아동·청소년에게 피해가 가는 상황을 자초한 바도 있다.

이에 기업에서는 아동·청소년의 개인정보 동의를 비롯한 이를 전제한 가입 등의 법률행위에 있어, 대면을 원칙으로 하고 주민등록표 등 간이하계 법정대리인과의 동거여부를 확인할 수 있는 서류를 가입 시 필수서류로 하고, 법정대리인의 동의를 거쳐 개인정보 수집·이용 등의 동의가 이루어졌다 하더라도, 해당 내용을 다시 우편 등으로 보내어 한 번 더 추가적인 동의를 받도록 하는 절차를 거칠 필요가 있다 할 것이다. 물론, 정보주체의 주소지와 법정대리인의 주소지가 상이할 경우 두 곳 모두 우편 등을 보내도록 하여, 본 연구의 취약계층 아동·청소년의 경우에 있어, 적어도 시설에서 법정대리인의 아동·청소년 개인정보 무단 사용의 상황을 신속히 인지하여 대응할 수 있도록 할 필요가 있다.

또한, 개인정보의 장기간의 보유에서 빚어지는 위험이 크므로, 기업에서는 원칙적으로 아동·청소년의 개인정보 보유기간은 단기로 하며, 수시로 계속 보유 등의 여부를 우편 등을 통하여 법정대리인과 정보주체에게 묻도록 하여 일반 아동·청소년의 개인정보 보호에도 부응함과 동시에 취약계층 아동·청소년의 개인정보가 오용·남용되어 개인정보자기결정권 실질 구현을 그르치는 상황을 예방할 수 있도록 하여야 할 것이다.

## 제4장 보론 : 취약계층 아동·청소년 개인정보자기결정권 침해사안 대응소요

### 1 친권자 모가 아동의 명의를 임의로 사용하여 휴대폰을 개통하고 휴대전화 요금을 미납하여 성인이 된 아동에게 채무관련 독촉이 된 사례

#### 가. 채권추심업체를 통한 경위 파악

- 친권자 모가 아동이 시설에 입소 중이던 2012년경 아동의 명의로 휴대폰을 개통하여 수년간 사용하였고 전화요금 및 유료 콘텐츠 이용요금을 미납하였는 바, 수차례 기재된 친권자 모의 주소로 독촉을 진행하였으나 요금의 납입이 이루어지지 않아, 통신업체에서 해당 채권을 채권추심업체에 넘겼고, 채권추심업체가 휴대폰 명의자인 아동의 신원과 주거지를 확인하여 아동의 주소지로 독촉장을 보내게 된 것임.

#### 나. 통신사를 통한 경위 확인

- 아동이 직접 휴대폰 개설에 참여한 바 없고 휴대폰이 개설된 곳은 전남이며, 아동은 2012년부터 현재까지 경기도 소재의 시설 및 주거지에서 생활하고 있으므로 실제 친권자 모와 함께 생활한 바가 없고 주민등록상의 주소지도 명백히 상이한 바, 이를 확인하지 아니한 통신사 측의 책임을 추궁하였음.
- 통신사는 당사의 이용약관에 따라, 아동명의로의 휴대폰 개통 시 법정대리인을 입증할 수 있는 서류로서 가족관계증명서와 기본증명서를 확인하였으므로, 당사자 확인 절차에 있어서는 문제 없었다는 입장이며, 법정대리인이 법률상의 권한을 가지고 계약을 한 것이므로 계약의 취소·무효 사유에도 해당하지 않는다고 함.

- 개개의 대리점 단위에서 발생한 구체적인 계약 당시의 경위 등은 수년이 경과한 상황에서 확인할 바가 없었음.

#### 다. 친권자 모의 신변확보를 위한 노력

- 친권자 모의 주민등록상의 주거지에는 다른 사람이 살고 있고, 친권자 모의 연락처 등도 일체 알지 못하는 상황이라 노력에도 불구하고 연락이 닿지 않음.
- 경찰의 도움을 받고자 찾아갔으나, 성인의 경우 특별히 범죄에 연루된 것이 아닌 이상 실종으로 보고 신변수색은 할 수 없다고 확인함.
- 친권자 모의 명의도용 등에 있어 사기, 사문서위조 등의 죄명으로 고소를 고려하였으나, 당사자 아동이 거부의사를 밝혀 진행하지 못함.

#### 라. 채무탕감의 노력

- 아직 자립지원아동으로서 「아동복지법」상의 보호를 받고 있으므로, 취약계층임을 입증하여 신용회복위원회 등을 통한 채무탕감을 검토

#### 마. 법률적 대응 검토 및 결론

- 채무부존재소송등을 제기하여, 계약 당시의 상황을 최대한 입증하여 통신사의 과실을 밝혀 계약의 무효로서 채무부존재를 다룰 것을 검토하였으나, 계약 당시의 상황을 입증하기 어렵고, 소액의 채무에 대하여 비경제적인 대응으로 보여 검토 철회함.
- 채무발생의 시기를 검토하여 보니, 이미 상사채무로서 5년이 경과하여 소멸한 경우가 많았고 이에 대하여 소멸시효 연장의 통지를 아동이 일체 받지 못하였는 바, 소멸시효를 주장하여 상당부분의 채무를 해결할 수 있었음.

## 2 친권자 부가 아동 명의 통장을 임의로 분실신고하여 재발급 받은 후, 생계비 등 아동에게 지급되는 수당을 임의로 인출하여 문제가 된 사례

### 가. 인지 경위

- 그룹홈 내 아동의 생계비는 아동의 용돈 등으로 사용되고 있는데, 아동의 생계비 계좌에서 전 금액이 인출되어 아동에게 남은 돈이 없다는 것이 확인되었음.

### 나. 계좌개설 은행방문 및 통장 재발급 경위 확인

- 아동의 친권자 부가 가족관계증명서와 기본증명서를 가지고 와 통장의 분실신고 및 통장과 현금카드를 재발급 하여 갔다는 것을 확인함.
- 은행에서는 아동의 법정대리인인 친권자 부가 필요한 서류를 다 가져 왔기 때문에 통장 재발급 등에는 문제 없다는 입장임.

### 다. 사건의 경과

- 아동의 친권자 부의 아동의 생계비 무단 사용이 계속되자 이를 막기 위하여 생계비 통장을 변경하였는데, 이에 아동의 친권자 부가 이의를 제기하여 법정대리인 동의 없이 통장이 발급된 경위 등을 추궁하며 형사고발 및 은행 중앙회에 민원을 제기
- 그룹홈의 사정을 알고 편의를 봐주던 은행 직원이 징계를 받고 형사적으로 처벌을 받게 되는 상황에 이름.
- 아동의 친권자 부에 대한 친권 제한 및 후견을 진행하려고 하였으나, 아동의 반대가 있어 진행하지 못함.
- 은행 직원 법률 상담 및 친권 제한 관련 상담을 진행하였으나 성과는 없었음.

### 3 아동 명의 계좌 개설에 친권자 부가 동의를 해주지 않아 문제된 사례

#### 가. 사건의 경위

- 아동의 후원금 등을 관리하기 위하여 아동 명의의 계좌 개설이 필요하였는데, 친권에 대한 조치가 없었으므로 법정대리인으로서 친권자 부의 동의가 필요했음.
- 그러나 친권자 부가 별다른 이유 없이 동의를 거부하여 아동의 통장이 개설이 어려운 상황이 발생함.

#### 나. 은행에 대한 문의

- 상황에 대한 양해를 구하고, 현재 아동이 그룹홈에 거주한다는 사실과 시설장의 자격증명 기타 관공서에서 발급되는 서류를 가지고 계좌 개설을 의뢰하였음.
- 은행에서는 원칙적으로 미성년자인 경우 법정대리인의 동의를 통한 계좌 개설만이 가능하므로 위의 서류로 계좌 개설은 불가능하다고 알려줌.

#### 다. 피해아동보호명령 청구 등 검토

- 전형적인 친권의 부작위 상황으로, 아동학대처벌법에 따른 피해아동보호명령으로서 친권자 동의에 갈음하는 결정을 받아 통장개설을 하고자 시도함.
- 은행 측에서는 해당 명령에 대한 이해가 없으므로, 그러한 결정문만으로 통장개설이 가능할지 확답을 줄 수 없다고 함.

#### 라. 구청을 통한 해결

- 피해아동보호명령 청구를 준비하던 중, 구청에서 이러한 경우 부득이하게 시설장 명의의 계좌 개설을 허용하겠다고 하여, 임시로 시설장 명의의 통장으로 후원금을 받아 관리하다가, 추후 친권자 부를 설득하여 아동의 통장을 개설하고 해당 금원을 입금함.
- 이후 아동분야사업안내에서는, 이러한 경우 구청으로 문의를 달라는 정도의 언급을 기재하고 있으나, 구체적으로 어떤 방식을 통한 해결인지는 확인하지 못함.

#### 4 피해아동 정신병원 입원 관련 문제된 사례

##### 가. 사건의 경위

- 소규모 그룹홈에서 보호중이던 아동학대 피해아동이 자살시도를 하여, 응급적인 조치는 진행하였으나, 자살위험도가 높아 이에 대한 전문적인 정신과 진료가 필요하였으므로, 정신과 병동 입원을 진행함.
- 정신병원에서는 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하, ‘정신보건법’이라 한다)상 아동의 입원에 있어서 보호의무자인 친권자의 동의가 필요하고, 현재 그룹홈 시설장은 친권자가 있는 한 위 법상의 보호의무자로서의 동의를 진행할 수 없다고 전달함.
- 아동의 친권자와의 연락이 닿지 않는 상황이고, 입원이 긴급한 상황이라 이에 대한 대응방안이 문제 됨.

##### 나. 「정신보건법」 검토

- 미성년자의 경우는 「정신보건법」상 자의입원이 아닌, 보호의무자 동의를 받아 진행되는 동의입원 또는 보호의무자에 의한 입원 절차로 입원을 진행하고 있음.
- 자의입원<sup>93)</sup>의 전제가 되는 자기결정권 행사 여부의 기준에 있어, 「개인정보보호법」상 만 14세 이상의 아동은 자기정보자기결정권을 스스로 행사할 수 있다고 하고 있음에도 불구하고, 미성년자의 경우 입원의 결정이 친권자의 의사와 충돌하는 경우 등의 민원 발생 등의 문제가 있을 수 있고, 건강보험과 연계되어 친권자와 연계되는 부분이 있는 바, 미성년자에 있어 자의입원은 실무적으로 배제되고 있는 것으로 보임.
- 동의입원<sup>94)</sup> 및 보호의무자에 의한 입원<sup>95)</sup>에 있어, 보호의무자인 친권자와 연락이 되지 아니

93) 「정신보건법」 제41조(자의입원등) ① 정신질환자나 그 밖에 정신건강상 문제가 있는 사람은 보건복지부령으로 정하는 입원등 신청서를 정신의료기관등의 장에게 제출함으로써 그 정신의료기관등에 자의입원등을 할 수 있다.

94) 「정신보건법」 제42조(동의입원등) ① 정신질환자는 보호의무자의 동의를 받아 보건복지부령으로 정하는 입원등 신청서를 정신의료기관등의 장에게 제출함으로써 그 정신의료기관등에 입원등을 할 수 있다.

95) 「정신보건법」 제43조(보호의무자에 의한 입원등) ① 정신의료기관등의 장은 정신질환자의 보호의무자 2명 이상(보호의무자 간 입원등에 관하여 다툼이 있는 경우에는 제39조 제2항의 순위에 따른 선순위자 2명 이상을 말하며, 보호의무자가 1명만 있는 경우에는 1명으로 한다)이 신청한 경우로서 정신건강의학과전문의가 입원등이 필요하다고 진단한 경우에만 해당 정신질환자를 입원등을 시킬 수 있다. 이 경우 정신의료기관등의 장은 입원등을 할

하거나 친권자가 동의를 거부하는 경우가 있고 이러한 경우 절차 진행이 어려웠으며, 위 사례의 경우도 친권자와 연락이 되지 않는 문제가 있었음.

- 실무적으로 시설 보호 미성년자의 자살·자해 시도가 있고, 이로써 해당 미성년자에게 위험요소로 작용하는 경우 경찰이 응급입원<sup>96)</sup>을 통하여 72시간 동안 안전 확보 및 긴급치료를 진행하고 있었으나, 72시간 이후에도 입원이 필요할 경우 대응하기 어려운 부분이 있었음.
- 지자체장에 의한 입원<sup>97)</sup>의 경우, 본 사례에서 충분히 활용될 수 있음에도 불구하고, 지자체 차원에서 요건의 부합이 어렵다는 등의 사유를 들어 적극적으로 협조하여 주지 아니하여 진행되지 않음.

#### 다. 피해아동보호명령을 통한 해결

- 「아동학대처벌법」 제47조상의 피해아동보호명령의 내용 중 제1항 제9호의 내용으로서 ‘친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정’이 있는 바, 해당 조항의 경우, 피해아동의 필요 불가결한 의료행위에 대하여 친권자가 동의를 거부하는 경우에 법원이 해당 동의를 대신하는 형태로 피해아동보호명령을 함으로써 피해아동에게 필요한 조치를 적시에 할 수 있도록 하기 위하여 마련된 것임.
- 따라서, 본 사안의 경우 피해아동보호명령상의 위 9호 조치를 통하여 법원(판사)의 동의를 통한 입원이 가능할 수 있을 것으로 보임.
- 그런데, 과거 A시 소재의 그룹홈에서 유사한 사례가 있어, 지역소재아동보호전문기관을 통하여 9호의 피해아동보호명령을 청구하고, 관할법원으로부터 이를 받았음에도 불구하고, 일선 병원과 소통이 되지 아니하여 입원이 되지 아니하였다는 내용을 전달받음.

때 보호의무자로부터 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 입원등 신청서와 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 받아야 한다.

- 96) 「정신보건법」 제50조(응급입원) ① 정신질환자로 추정되는 사람으로서 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 큰 사람을 발견한 사람은 그 상황이 매우 급박하여 제41조부터 제44조까지의 규정에 따른 입원등을 시킬 시간적 여유가 없을 때에는 의사와 경찰관의 동의를 받아 정신의료기관에 그 사람에 대한 응급입원을 의뢰할 수 있다.
- 97) 「정신보건법」 제44조(특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에 의한 입원) ① 정신건강의학과전문의 또는 정신건강전문요원은 정신질환으로 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견하였을 때에는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사람에 대한 진단과 보호를 신청할 수 있다.

- 추정컨대, 집행에 있어서 위 9호의 조항이 한계가 있는 것으로 보여짐.<sup>98)</sup> 피해아동보호명령 제9호의 경우 주문상 수범자를 명확히 지정하여야 집행상 문제가 발생하지 아니하는데, 그러기 위해서는 동의가 필요한 행위, 즉 입원가능한 병원, 시기, 기간 등이 포함되고 동의를 요하는 개개의 내용이 포함된 동의서를 해당 명령에 첨부하는 형식을 통하여, 집행에 문제가 발생하지 않도록 유의할 필요가 있음.

## 라. 사안의 해결

- 우선, 경찰의 응급입원을 통하여 72시간 동안 피해아동에 대한 입원치료가 필요하다는 전문의의 진단을 받아야 하고, 이를 토대로 하여 「아동학대처벌법」상의 피해아동보호명령 제9호의 친권자 동의를 갈음하는 결정을 얻어 동의입원 형태를 시도하도록 함.
- 피해아동보호명령청구 전, 입원 병원과 소통하여 입원 동의서 형태를 미리 확보 한 후, 동의가 필요한 내용을 파악하고 해당 동의서를 피해아동보호명령청구서에 첨부하는 등 제9호의 친권자 동의에 갈음하는 결정에 있어 누락되는 부분이 없도록 안내하였으며, 특히 “수범자”와 해당 명령을 집행할 수 있는 “집행자”를 명시할 수 있도록 법원과 협의할 것을 안내함.

98) 지역아동보호전문기관에서 출생 미신고 아동에 대하여 피해아동보호명령 제9호로서 친권자 동의에 갈음하여 출생신고를 한다는 명령을 받아 집행을 시도하였는데, 해당 주문으로는 실제 출생신고 집행이 불가하여(성과 본의 결정을 비롯한 출생신고에 따르는 실제 개개의 행위들을 해당 피해아동보호명령만으로 다 행할 수 없었음), 결국 지자체 장이 다른 방식으로 출생신고를 완료한 적이 있었다. 이처럼 피해아동보호명령 제9호 명령이 있는 경우는 실제 집행이 가능하도록 주문이 내려올 필요가 있고, 특히 그 수범자를 명확히 지정하지 못하는 경우(피해아동보호명령의 경우는 수범자를 지정하지 아니하고 단순히 “친권자의 동의를 갈음한다”의 형태로 결정됨)에 있어서는 집행이 어려울 수 있다는 점을 유념해 둘 필요가 있다.

## 제5장 결론 및 향후과제

아동·청소년의 개인정보자기결정권은 「개인정보보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하, ‘정보통신망법’이라 한다)」 등의 규정에 따라 법정대리인의 동의를 통하여 구현되고 있으나, 학대 피해아동·시설보호청소년·학교 밖 청소년 등 이른바 취약계층의 아동·청소년의 경우, 법정대리인의 동의를 통한 개인정보자기결정권의 구현이 충실히 이루어지지 않고, 오히려 아동·청소년의 개인정보보호를 위하여 마련된 법정대리인 동의권을 법정대리인이 무단 사용 또는 남용함으로써, 아동·청소년의 개인정보자기결정권이 심각하게 침해되고 있는 양상이 있다.

본 연구는 친권자 부모의 학대·빈곤·질병·수감 등의 사유로 인하여 현재 친권자 부모와 함께 동거하고 있지 않고, 2019. 12. 31. 현재 「아동복지법」에 따른 아동복지시설에서 거주하고 있는 만 18세 미만의 아동(자립지원시설의 경우 만 19세까지)을 취약계층 아동·청소년으로 정의하고, 취약 계층 아동·청소년을 실제 접하고 관련 업무를 수행하는 아동복지시설(공동생활가정, 아동양육시설, 학대 피해아동쉼터) 종사자, 청소년복지시설(청소년상담센터, 청소년 쉼터) 종사자, 아동보호전문기관 종사자, 변호사 등을 개별 심층면접하여, 실제 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 침해의 현황을 파악하고, 선행연구와 해외입법례, 국내법령, 약관 등을 검토하여 문헌연구를 진행한 후 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현을 위한 개선방안을 제안해 보았다.

본 연구의 결과, 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 현행 「개인정보보호법」상 만 14세 미만의 경우 개인정보 처리 등에 대한 의미와 향후 문제를 충분히 숙지한 것을 전제로 아동·청소년의 최상의 이익에 부합하는 후견적 개입을 할 것이라고 기대되는 법정대리인의 대리 동의를 통하여 이루어진다는 것을 확인하였다. 그러나 이러한 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 구현은 법정대리인이 후견적인 역할을 제대로 하지 못하거나, 이를 넘어 침해·남용에 이르는 경우에 있어서는 이루어질 수 없는 것으로, 취약계층의 아동·청소년에게 이러한 문제가 다수 발생하고 있었다.

구체적인 내용으로서, 취약계층 아동·청소년 명의를 무단으로 도용하여 휴대폰을 개통한 후 요금을 미납하여 이를 납부하게 하거나, 금융기관에서 통장·카드 등을 발급받아 아동·청소년 명의의 금융자산을 함부로 소비하는 등의 일이 발생하고 있으며, 반대로 법정대리인의 부재로 아동·청소년이 필요한 동의를 얻지 못하여 개인정보자기결정권이 적시에 구현되지 못하는 경우가 확인되었다.

위의 현황을 검토한 결과, 취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권 실질 구현에 있어 「민법」상의 미성년자의 법률행위에 대한 법정대리인의 동의권 및 「개인정보보호법」상 법정대리인의 동의권의 구현 양태가 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질 구현에 가장 주요한 요소로 파악되었고, 근본적인 해결책은 형식적 지위에서 친권을 남용하는 친권자에게 합당한 조치를 하여 그 권한을 박탈·제한·정지 시키는 것임을 확인하였다.

이에 친권에 관한 조치 및 미성년 후견 개시의 필요성 및 「시설미성년후견법」의 한계를 검토하였고, 미성년후견이 실무적으로 활용되지 않는 이유를 검토하여 중복후견인 도입, 전문가후견 활성화, 법인후견 도입 등의 제안을 하였다. 또한 특정후견의 활용가능성을 제안하였고, 입법론으로서 법정후견을 마련하고 현재 마련된 제도인 공공후견인제도의 활용을 제안하였다.

「개인정보보호법」의 경우 법정대리인의 사전동의를 통하여 아동·청소년의 개인정보자기결정권이 구현되는 바, 그 중요성에도 불구하고 구체적인 방식 등에 대한 어떠한 제한도 없어 입법적인 미비가 있었으므로, 특히 취약계층 아동·청소년의 법정대리인의 경우와 같은 법정대리인 동의에 있어 예외적인 위험성을 최소화 할 수 있는 다양한 장치들을 검토해 보았다.

미국의 COPPA에서 규정하는 바와 같이 아동·청소년의 개인정보 활용 동의 등에 있어 법정대리인에게 온·오프라인 상으로 고지를 거듭하여 법정대리인에게 내용을 충분히 숙지 시킨 후 동의를 진행하도록 하며, 사전동의 이후 다시 본인확인을 추가로 하여 사후동의까지 받는 이중의 안전장치를 마련하는 것은 참고할 만 하며, 현행 「게임산업진흥법」상의 법정대리인의 동의 절차 역시 이러한 방법적인 구현이 가능함을 전제로 위 법령이 제정되었다고 할 때, 취약계층 아동·청소년과 같이 특수한 배려가 필요한 아동·청소년에 대하여는 법정대리인의 동의의 요건을 보다 엄격히 함으로써 개인정보자기결정권의 침해에 대응할 수 있다는 측면에서 바람직하다 할 것이다. EU의 GDPR상 법정대리인의 동의·승인여부의 입증은 개인정보처리자가 지는 방식도 참고할 수 있을 것이다. 개인정보의 장기간 보유에서의 위험성을 감안하여 보유기간을 단기간으로 설정하고 계속

보유 여부에 대한 추가적인 동의를 받는 방식으로 변경하는 것도 검토하였다.

현재의 표준약관의 경우, 전자상거래 및 온라인게임 등 비대면 법률행위의 경우와 유료 콘텐츠 결제 등이 예견된 경우에 한하여 아동에 대한 법정대리인의 동의 등을 추가로 언급한 정도에 불과하고, 아동·청소년의 개인정보자기결정권 전반에 관한 규율이 미비한 상황이다. 이에 공정거래위원회에서 제안하는 표준약관에 아동·청소년 관련 특별 규정을 두고, 법정대리인의 동의 절차에 대하여 엄격하고 구체적으로 규정하며, 법정대리인의 실제 동의 등의 입증책임을 기업에게 부여하는 형식의 일반규정을 둘 필요가 있다 할 것이다.

표준약관상의 기재가 아니라 하더라도, 기업 스스로 아동·청소년의 개인정보보호와 개인정보자기결정권 실질 구현의 중요함을 숙지하여, 아동·청소년의 개인정보 수집·이용·보유 등을 위한 동의절차 등에서 보다 엄격한 요건을 만들고, 이러한 본인확인 의무를 다하였다는 것에 대한 입증책임도 기업이 질 수 있도록 하여야 할 것이다. 개인정보 수집 동의 이후 오프라인 상으로 우편 등을 통하여 추가적인 고지·사후 동의 및 정보 계속 보유를 묻는 동의 절차를 마련하여 본 연구의 취약계층 아동·청소년의 경우에 있어, 적어도 시설에서 법정대리인의 아동·청소년 개인정보 무단 사용의 상황을 신속히 인지하여 대응할 수 있도록 하여야 함을 제안하였다.

## 〈참고문헌〉

### 〈국내문헌〉

- 한국정보보호진흥원, 『개인정보보호백서』, 2003
- 보건복지부·중앙아동보호전문기관, 『2019 아동학대 주요통계』, 2020
- 법원행정처, 『2020 사법연감』, 2020
- 서울사회복지공익법센터, 『보호시설 미성년자 후견인 선임 매뉴얼』, 2017
- 보건복지부, 『2020 아동분야사업안내 1』, 2020
- 보건복지부, 『2020 아동분야사업안내 2』, 2020
- 보건복지부, 2020 아동복지시설 현황(일람표)
- 윤진수(편집대표), 『주해친족법』(제2권), 박영사, 2015
- 김주수·김상용 공저, 『친족·상속법』(제15판), 법문사, 2018
- 김현수·김원태, 『미성년후견제도에 관한 입법평가』, 한국법제연구원, 2013
- 김강운, 「헌법상 자기결정권의 의의」, 『법학연구』 제20집, 2005
- 김민지, 「친권정지·제한제도에 관한 민법일부개정안의 소개 및 검토」, 『법학논총』 제27권 제2호, 2014
- 김태오, 「데이터주도 혁신시대의 개인정보자기결정권」, 『행정법연구』 제55호, 2018
- 노현숙, 「개인정보자기결정권에 관한 검토」, 『헌법논총』, 제30권, 2019
- 박상호·예철희, 「미성년자후견제도의 문제점과 개선방안」, 『공공정책연구』 제27집 제2호, 2010
- 백경희, 「아동학대에 대한 친권제한의 실효적 적용에 관한 고찰」, 『법연구』, 제57권 제2호, 2016
- 윤우일, 「미성년후견제도의 개선을 위한 제안」, 『아주법학』, 제13권 제4호, 2020
- 윤주희, 「아동의 개인정보보호를 위한 법정대리인이 동의제도와 연령기준에 대한 연구」, 『서울법학』, 22(1), 2014
- 이상희, 「현행 미성년후견제도의 문제점과 개선방안 - 이른바, 전문가후견인의 문제를 중심으로 -」, 『동아법학』 81호, 2018
- 이은정, 「친권 제한의 유연화 - 신분적 효력을 중심으로 -」, 『가족법연구』 제27권 제1호, 2012
- 전윤선·나종연, 「아동 소비자의 온라인 개인정보보호 관련 미국, EU, 영국, 한국의 법제도 비교 고찰」, 『소비자문제연구』, 51(2), 2020
- 정기상, 「아동의 자기결정권에 관한 헌법적 고찰 - 의료영역에 있어 아동의 자기결정권 논의를 중심으로 -」, 『헌법재판연구』 제6권 제2호, 2019,
- 정현수, 「미성년후견제도의 개선을 위한 몇 가지 제안」, 『동북아법연구』, 제10권 제3호, 2017
- 제철웅, 「개정 미성년후견제도의 입법상의 문제점에 대한 반성 - 자기 폐쇄적 민법연구 실태의 반성을 겸하여 -」, 『법학논총』 제36권 제1호, 2016
- 최슬비 외, 「아동대상연구에 있어 대리동의 획득 원칙에 대한 예외 인정의 필요성과 법적 문제」, 『생명

윤리』 제20권 1호(통권 제39호), 2019

### 〈판례·결정례〉

헌법재판소 2019. 6. 28. 2018헌바128

헌법재판소 2015. 7. 30. 2014헌바298

헌법재판소 2019. 8. 29. 2018헌바210

헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513

헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282

헌법재판소 2015. 3. 26. 2013헌마517

헌법재판소 2012. 4. 24. 2010헌마437

### 〈기사〉

2021. 1. 16. 국민일보, ‘정인이 구조됐다면 우린 잘 키웠을까요? 민망한 국가 양육 [이슈&탐사]

<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015426994>

### 〈참고 웹 사이트〉

국가법령정보센터([www.law.go.kr](http://www.law.go.kr))

세계법제정보센터(<https://world.moleg.go.kr>)

아동권리보장원(<http://www.ncrc.or.kr/ncrc>)

한국인터넷진흥원(<https://www.kisa.or.kr>)

보건복지부(<http://www.mohw.go.kr>)

법원행정처(<https://www.scourt.go.kr/supreme>)

공정거래위원회(<https://www.ftc.go.kr>)

## 〈설문지 1〉

안녕하세요. 저는 법률사무소 옴다함 신수경 변호사라고 합니다. 저는 서울지방법변호사회의 지원을 받아 “취약계층 아동·청소년의 개인정보자기결정권의 실질적 구현을 위한 연구”를 진행하고 있습니다. 대략적인 연구의 내용은, 아동 학대 피해 등으로 인하여 시설에 입소되거나, 가정위탁으로 보호되고 있는 아동들 중, 법정대리인이 여전히 친권자로 되어있음으로 인하여, 각종의 추가적인 피해가 있어 온 바(ex) 아동명의 휴대폰 무단 개통, 대포통장 개설, 동의를 필요한 사안의 경우 동의를 하지 않고 친권자가 연락두절이 되어 아동이 제대로 법률행위를 할 수 없는 경우 등), 이를 해결하기 위한 법률개정안과 통신업체와 금융업체 등의 약관 개정안을 만들어 제안하는 것입니다.

이에 아래의 질문에 대한 귀하의 답변을 통하여 위 연구에 도움을 얻고자 합니다. 귀한 의견을 주실 것을 결정하여 주신 것에 깊은 감사를 드리며, 취약계층 아동·청소년을 위한 귀한 연구 결과물이 될 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

1. 귀하가 소속된 기관의 이름은 무엇이며, 설립 및 운영의 근거가 되는 법률은 무엇입니까?(없거나 모른다면 생략가능)?

ex) 000 그룹홈, 아동복지법상 공동생활가정/ 00청소년쉼터, 청소년복지지원법 청소년시설

2. 귀하가 소속된 기관에 입소된 아동들은 어떤 경로를 통하여 입소하게 되는지요(없거나 모른다면 생략가능)?

ex) 아동복지법상 보호조치(제15조) / 아동분야사업안내 00페이지에 따른 입소의뢰서 / 청소년복지 시설 매뉴얼상의 입소의뢰서 등

3. 귀하가 소속된 기관에 입소된 아동들의 법정대리인은 누구로 지정되어 있나요(해당되는 모든 경우를 기재해 주세요)?

ex) 아동들의 친권자 / 소속 기관장 / 지자체 장/ 기타

4. 귀하가 소속된 기관에 입소된 아동들 중 법정대리인이 친권자로 된 경우, 법정대리인의 동의가 필요한 법률행위는 어떻게 해결하고 있나요?

---

---

---

---

---

---

---

5. 귀하가 소속된 기관에 입소된 아동들 중 법정대리인 친권자로 된 경우, 친권자가 아동들에게 필요한 동의(계좌 개설, 휴대폰 개통, 전자상거래 동의 등)를 해주지 않았던 사례가 있었나요? 구체적으로 사례를 알려주세요.

---

---

---

---

---

---

---

6. 귀하가 소속된 기관에 입소된 아동들 중 법정대리인 친권자로 된 경우, 친권자가 아동들에게 알리지 않거나, 아동들의 의사에 반하여 “휴대폰 개통”, “금융기관 이용(계좌개설, 예금 출금)”, “쇼핑몰 등 인터넷 전자상거래 이용” 등을 한 사례가 있었나요? 구체적으로 사례를 알려주세요.

---

---

---

---

---

---

---

7. 귀하는 5. 또는 6. 항의 사례가 있는 경우 어떻게 대응을 하였나요? (특히, 통신업계, 금융업계에 항의를 하였거나, 법률적 조력을 받은 경우가 있으면 구체적으로 알려주세요.)

---

---

---

---

---

---

---

8. 귀하는 아래의 규정이 있는 「아동복지법」과 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」에 대하여 알고 있나요?

아동복지법 제19조(아동의 후견인의 선임 청구 등) ① 시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동복지시설의 장 및 학교의 장은 친권자 또는 후견인이 없는 아동을 발견한 경우 그 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 후견인의 선임을 청구하여야 한다.

② 시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동복지시설의 장, 학교의 장 또는 검사는 후견인이 해당 아동을 학대하는 등 현저한 비행을 저지른 경우에는 후견인 변경을 법원에 청구하여야 한다.

③ 제1항에 따른 후견인의 선임 및 제2항에 따른 후견인의 변경 청구를 할 때에는 해당 아동의 의견을 존중하여야 한다.

④ 아동복지시설에 입소 중인 보호대상아동에 대하여는 「보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률」을 적용한다.

보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률 제3조(후견인) ① 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 된다.

② 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따른 행정시장을 포함한다. 이하 같다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 후견인을 지정한다.

③ 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 제1항과 제2항을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받아야 한다.

---

9. 「아동복지법」, 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

9-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---



---



---



---

9-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---



---



---



---



---

10. 귀하는 아래의 규정이 있는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 대하여 알고 있나요?

제47조(가정법원의 피해아동에 대한 보호명령) ① 판사는 직권 또는 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 아동보호전문기관의 장의 청구에 따라 결정으로 피해아동의 보호를 위하여 다음 각 호의 피해아동보호 명령을 할 수 있다.

7. 친권자인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지
8. 후견인인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 후견인 권한의 제한 또는 정지
9. 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정

---

11. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 친권 제한 및 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

11-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---



---



---



---

11-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---



---



---



---

12. 귀하는 아래의 규정이 있는 「민법」에 대하여 알고 있나요?

제924조(친권의 상실 또는 일시 정지의 선고) ① 가정법원은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있다.

② 가정법원은 친권의 일시 정지를 선고할 때에는 자녀의 상태, 양육상황, 그 밖의 사정을 고려하여 그 기간을 정하여야 한다. 이 경우 그 기간은 2년을 넘을 수 없다.

③ 가정법원은 자녀의 복리를 위하여 친권의 일시 정지 기간의 연장이 필요하다고 인정하는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사, 지방자치단체의 장, 미성년후견인 또는 미성년후견감독인의 청구에 의하여 2년의 범위에서 그 기간을 한 차례만 연장할 수 있다.

제924조의2(친권의 일부 제한의 선고) 가정법원은 거소의 지정이나 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.

제925조(대리권, 재산관리권 상실의 선고) 가정법원은 법정대리인인 친권자가 부적당한 관리로 인하여 자녀의 재산을 위태롭게 한 경우에는 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 법률행위의 대리권과 재산관리권의 상실을 선고할 수 있다.

제925조의2(친권 상실 선고 등의 판단 기준) ① 제924조에 따른 친권 상실의 선고는 같은 조에 따른 친권의 일시 정지, 제924조의2에 따른 친권의 일부 제한, 제925조에 따른 대리권·재산관리권의 상실 선고 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다.

② 제924조에 따른 친권의 일시 정지, 제924조의2에 따른 친권의 일부 제한 또는 제925조에 따른 대리권·재산관리권의 상실 선고는 제922조의2에 따른 동의를 갈음하는 재판 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다.

제928조(미성년자에 대한 후견의 개시) 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 제924조, 제924조의 2, 제925조 또는 제927조 제1항에 따라 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에는 미성년 후견인을 두어야 한다.

제929조(성년후견심판에 의한 후견의 개시) 가정법원의 성년후견개시심판이 있는 경우에는 그 심판을 받은 사람의 성년후견인을 두어야 한다.

제930조(후견인의 수와 자격) ① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.

② 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.

③ 법인도 성년후견인이 될 수 있다.

제932조(미성년후견인의 선임) ① 가정법원은 제931조에 따라 지정된 미성년후견인이 없는 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다. 미성년후견인이 없게 된 경우에도 또한 같다.

② 가정법원은 제924조, 제924조의2 및 제925조에 따른 친권의 상실, 일시 정지, 일부 제한의 선고 또는 법률행위의 대리권이나 재산관리권 상실의 선고에 따라 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 직권으로 미성년후견인을 선임한다.

③ 친권자가 대리권 및 재산관리권을 사퇴한 경우에는 지체 없이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다.

13. 「민법」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 친권 제한 및 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

13-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---



---



---



---

13-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---



---



---



---



---

14. 아동의 자기정보자기결정권이 남용됨으로 인한 문제(휴대폰 및 통장 임의 발급으로 인한 경제적 손해 등)을 해결하기 위하여 가장 시급하게 개선되어야 할 점은 무엇이라고 생각하나요?

ex) 문제발생 시 즉시로 도움을 줄 수 있는 법률조력 / 친권의 제한 및 적절한 후견인 선임의 절차 간이화 / 통신·금융 업계 등 업계의 주의의무 강화 등

---

---

---

감사합니다.

## 〈설문지 2〉

안녕하세요. 저는 법률사무소 옴다함 신수경 변호사라고 합니다. 저는 서울지방변호사회의 지원을 받아 “취약계층 아동청소년의 개인정보자기결정권의 실질적 구현을 위한 연구”를 진행하고 있습니다. 대략적인 연구의 내용은, 아동 학대 피해 등으로 인하여 시설에 입소되거나, 가정위탁으로 보호되고 있는 아동들 중, 법정대리인이 여전히 친권자로 되어있음으로 인하여, 각종의 추가적인 피해가 있어 온 바(ex) 아동명의 휴대폰 무단 개통, 대포통장 개설, 동의를 필요한 사안의 경우 동의를 하지 않고 친권자가 연락두절이 되어 아동이 제대로 법률행위를 할 수 없는 경우 등), 이를 해결하기 위한 법률개정안과 통신업체와 금융업체 등의 약관 개정안을 만들어 제안하는 것입니다.

이에 아래의 질문에 대한 귀하의 답변을 통하여 위 연구에 도움을 얻고자 합니다. 귀한 의견을 주실 것을 결정하여 주신 것에 깊은 감사를 드리며, 취약계층 아동청소년을 위한 귀한 연구 결과물이 될 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

1. 귀하가 소속된 기관의 이름은 무엇이며, 설립 및 운영의 근거가 되는 법률은 무엇입니까?(없거나 모른다면 생략가능)?

ex) ○○○아동보호전문기관, 아동복지법상 지역아동보호전문기관

2. 귀하가 소속된 기관에서 업무 수행 중 접하게 되는 아동들은 주로 어떤 아동들인지요?

ex) 아동복지법상 보호대상아동 / 아동복지법 및 아동학대처벌법상의 학대 피해아동

3. 귀하가 소속된 기관의 업무 중 접하게 되는 아동들의 법정대리인은 누구로 지정되어 있나요(해당되는 모든 경우를 기재해 주세요)?

ex) 아동들의 친권자 / 소속 기관장 / 지자체 장/ 기타

4. 귀하가 소속된 기관의 업무 중 접하게 되는 아동들 중 법정대리인이 친권자로 된 경우, 법정대리인의 동의가 필요한 법률행위는 어떻게 해결하고 있나요?

---

---

---

---

---

---

---

5. 귀하가 소속된 기관의 업무 중 접하게 되는 아동들 중 법정대리인 친권자로 된 경우, 친권자가 아동들에게 필요한 동의(계좌 개설, 휴대폰 개통, 전자상거래 동의 등)를 해주지 않았던 사례가 있었나요? 구체적으로 사례를 알려주세요.

---

6. 귀하가 소속된 기관의 업무 중 접하게 되는 아동들 중 법정대리인 친권자로 된 경우, 친권자가 아동들에게 알리지 않거나, 아동들의 의사에 반하여 “휴대폰 개통”, “금융기관 이용(계좌개설, 예금 출금)”, “쇼핑몰 등 인터넷 전자상거래 이용” 등을 한 사례가 있었나요? 구체적으로 사례를 알려주세요.

---

7. 귀하는 5. 또는 6. 항의 사례가 있는 경우 어떻게 대응을 하였나요? (특히, 통신업계, 금융업계에 항의를 하였거나, 법률적 조력을 받은 경우가 있으면 구체적으로 알려주세요.)

---

8. 귀하는 아래의 규정이 있는 「아동복지법」과 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」에 대하여 알고 있나요?

아동복지법 제19조(아동의 후견인의 선임 청구 등) ① 시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동복지시설의 장 및 학교의 장은 친권자 또는 후견인이 없는 아동을 발견한 경우 그 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 후견인의 선임을 청구하여야 한다.

② 시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동복지시설의 장, 학교의 장 또는 검사는 후견인이 해당 아동을 학대하는 등 현저한 비행을 저지른 경우에는 후견인 변경을 법원에 청구하여야 한다.

③ 제1항에 따른 후견인의 선임 및 제2항에 따른 후견인의 변경 청구를 할 때에는 해당 아동의 의견을 존중하여야 한다.

④ 아동복지시설에 입소 중인 보호대상아동에 대하여는 「보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률」을 적용한다.

보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률 제3조(후견인) ① 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 된다.

② 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따른 행정시장을 포함한다. 이하 같다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 후견인을 지정한다.

③ 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 제1항과 제2항을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받아야 한다.

9. 「아동복지법」, 「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

9-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---

---

---

---

---

---

---

9-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---

---

---

---

---

---

---

10. 귀하는 아래의 규정이 있는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 대하여 알고 있나요?

제47조(가정법원의 피해아동에 대한 보호명령) ① 판사는 직권 또는 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 아동보호전문기관의 장의 청구에 따라 결정으로 피해아동의 보호를 위하여 다음 각 호의 피해아동보호 명령을 할 수 있다.

7. 친권자인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지
8. 후견인인 아동학대 행위자의 피해아동에 대한 후견인 권한의 제한 또는 정지
9. 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정

11. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 친권 제한 및 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

11-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---



---



---

11-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---



---



---



---



---

## 12. 귀하는 아래의 규정이 있는 「민법」에 대하여 알고 있나요?

제924조(친권의 상실 또는 일시 정지의 선고) ① 가정법원은 부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있다.

② 가정법원은 친권의 일시 정지를 선고할 때에는 자녀의 상태, 양육상황, 그 밖의 사정을 고려하여 그 기간을 정하여야 한다. 이 경우 그 기간은 2년을 넘을 수 없다.

③ 가정법원은 자녀의 복리를 위하여 친권의 일시 정지 기간의 연장이 필요하다고 인정하는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사, 지방자치단체의 장, 미성년후견인 또는 미성년후견감독인의 청구에 의하여 2년의 범위에서 그 기간을 한 차례만 연장할 수 있다.

제924조의2(친권의 일부 제한의 선고) 가정법원은 거소의 지정이나 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.

제925조(대리권, 재산관리권 상실의 선고) 가정법원은 법정대리인인 친권자가 부적당한 관리로 인하여 자녀의 재산을 위태롭게 한 경우에는 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 그 법률행위의 대리권과 재산관리권의 상실을 선고할 수 있다.

제925조의2(친권 상실 선고 등의 판단 기준) ① 제924조에 따른 친권 상실의 선고는 같은 조에 따른 친권의 일시 정지, 제924조의2에 따른 친권의 일부 제한, 제925조에 따른 대리권·재산관리권의 상실 선고 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다.

② 제924조에 따른 친권의 일시 정지, 제924조의2에 따른 친권의 일부 제한 또는 제925조에 따른 대리권·재산관리권의 상실 선고는 제922조의2에 따른 동의를 갈음하는 재판 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있다.

제928조(미성년자에 대한 후견의 개시) 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 제924조, 제924조의2, 제925조 또는 제927조 제1항에 따라 친권의 전부 또는 일부를 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두어야 한다.

제929조(성년후견심판에 의한 후견의 개시) 가정법원의 성년후견개시심판이 있는 경우에는 그 심판을 받은 사람의 성년후견인을 두어야 한다.

제930조(후견인의 수와 자격) ① 미성년후견인의 수(數)는 한 명으로 한다.

② 성년후견인은 피성년후견인의 신상과 재산에 관한 모든 사정을 고려하여 여러 명을 둘 수 있다.

③ 법인도 성년후견인이 될 수 있다.

제932조(미성년후견인의 선임) ① 가정법원은 제931조에 따라 지정된 미성년후견인이 없는 경우에는 직권으로 또는 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 미성년후견인을 선임한다. 미성년후견인이 없게 된 경우에도 또한 같다.

② 가정법원은 제924조, 제924조의2 및 제925조에 따른 친권의 상실, 일시 정지, 일부 제한의 선고 또는 법률행위의 대리권이나 재산관리권 상실의 선고에 따라 미성년후견인을 선임할 필요가 있는 경우에는 직권으로 미성년후견인을 선임한다.

③ 친권자가 대리권 및 재산관리권을 사퇴한 경우에는 지체 없이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다.

13. 「민법」을 알고 있다면, 해당 법률에 따른 친권 제한 및 후견인 지정을 해 본 적이 있나요?

13-1. (진행해 본 적이 있다면) 해당 절차를 진행하면서 느낀 바가 있었나요(절차의 난해함, 법률조력의 필요)?

---

---

---

---

13-2. (진행해 본 적이 없다면) 위 법률 절차를 진행하지 않은 이유가 무엇인가요? 진행을 위하여 보완되어야 할 점은 무엇일까요?

---

---

---

---

14. 아동의 자기정보자기결정권이 남용됨으로 인한 문제(휴대폰 및 통장 임의 발급으로 인한 경제적 손해 등)을 해결하기 위하여 가장 시급하게 개선되어야 할 점은 무엇이라고 생각하나요?

ex) 문제발생시 즉시로 도움을 줄 수 있는 법률조력 / 친권의 제한 및 적절한 후견인 선임의 절차 간이화 / 통신·금융 업계 등 업계의 주의의무 강화 등

---

---

---

---

---

---

---

---

감사합니다.

## 장애인차별금지법상 차별구제청구소송에 관한 실무상 문제점

이상현 변호사(사단법인 두루)

이주연 변호사(사단법인 두루)

최초록 변호사(사단법인 두루)

정다혜 변호사(사단법인 장애인법연구회)

## 제1장 들어가며

### 제1절 | 본 연구의 배경

2008년 4월 11일 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’)이 시행되면서 제48조 법원의 구제조치로 “차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결”(이하에서는 법원에 이러한 판결을 구하는 소송을 ‘차별구제청구소송’<sup>1)</sup>이라고 한다)이 도입되었다. 입법과정에서는 구제수단으로서 이 제도는 시정명령과 중복될 수 있으므로 입법정책적으로 폐지되는 것이 바람직하다는 의견도 있었다.<sup>2)</sup> 하지만 논의 끝에 장애인차별금지법에 차별구제청구소송이 도입되었다.

2021년 현재까지 확인된 28건의 차별구제청구소송 중 청구가 인용된 사건은 8건(일부인용 포함), 화해나 조정으로 마무리된 사건은 7건이다. 전체 소송 건수에 비추어 차별구제청구소송이 활발하다고 보기는 어렵지만, 절반 이상의 사건에서 법원이 장애인에 대한 차별행위를 인정하고 적극적 조치 등의 판결을 내리거나 개선을 하는 방향으로 합의를 이끌어냈다. 이를 통해 차별구제청구소송으로 우리 사회에 의미 있는 변화가 만들어지고 있다고 볼 수 있다.

1) 장애인차별금지법 제48조에는 “법원의 구제조치”라고 되어 있고 제2항에서는 “법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 관한 논문에서는 “차별시정조치 판결”[김종일, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’에 따른 법원의 차별시정조치 판결, 법이론 실무연구 제4권 제2호(2016)], “적극적 조치”[구본권, 장애인차별금지법상 법원의 적극적 조치, 사회보장법연구 2017년 제6권 제1호(2017). 심재진, 장애인차별금지법상 차별로 보지 않는 ‘정당한 사유’의 의미와 구제수단으로서의 적극적 조치, 노동법학 제57호(2016)], “적극적인 판결 등 조치제도”[차성안, 소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점, 사회보장법연구 2012년 제1호(2012)]라는 표현을 사용하였다. 본 연구에서는 제48조 제2항에 근거한 소송을 “구제조치청구소송”으로 특정한다.

2) 이준일, 한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점, 안암법학 제34권 (2011).

한편, 2008년 4월 11일부터 2016년 12월 말까지 차별구제에 관한 판결이 14건 있었는데, 인용된 판결은 3건에 불과하였다.<sup>3)</sup> 그 이후에 인용 판결은 5건이 더 있었다. 인용된 판결의 건수가 많지도 않지만, 소송이 장기화된 사례들도 눈에 띈다. 휠체어 이용 장애인들이 국가와 버스회사 등을 상대로 제기한 교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 차별구제소송은 2014년 3월 4일 소를 제기하였는데, 제1심은 1년 4개월이 걸려 원고들이 일부승소하였고, 항소심은 3년 5개월이 걸렸으며, 아직 대법원에서 계류 중이다. 시각·청각장애인들이 멀티플렉스 상영업체들을 상대로 제기한 영화관람권 보장 청구 차별구제소송의 경우 2016년 2월 17일 소를 제기하여 1년 10개월 뒤 제1심에서 원고들이 전부승소하였지만, 그로부터 3년 3개월이 지난 현재 항소심 계속 중이다. 시각장애인들이 에버랜드에서 놀이기구 탑승을 거부당하여 2015년 8월 24일 제기한 차별구제청구소송은 3년 이상 지난 2018년 10월 11일 승소판결을 받았고, 그로부터 2년 5개월이 지난 현재 항소심 계속 중이다. 시각장애인들이 온라인 쇼핑몰을 상대로 제기한 차별구제청구소송은 2017년 9월 7일 소를 제기한 뒤 3년 5개월이 지나 원고 일부 승소 판결이 내려졌고, 현재 피고의 항소로 항소심이 진행될 예정이다.

수년간 소송이 계속된 이유는 사건마다 특수성이 있겠지만, 연구진들이 참여한 소송에서는 재판부가 조정을 시도하다가 시간이 지나면 재판부가 변경되고, 변경된 재판부가 변론과 조정기일을 반복하는 경우가 있었다. 소송이 장기화되고, 인용 건수가 많지 않은 것은 재판부가 차별구제청구소송에 대한 경험과 이해가 많지 않은 상태에서 다양한 의문점을 제기하며 판결 내리기를 꺼려했던 이유도 있다. 예를 들어 많은 차별구제소송에서 재판부는 소송대리인에게 집행가능성을 고려하여 청구취지를 특정할 것을 요구했다. 하지만 청구취지 특정에 대해 고민한 연구자료는 찾기 어려웠다.

한편, 2019년 지하철 승강기 설치를 요구하는 차별구제청구소송에서 재판부는 차별구제청구소송을 비송으로 판단했다. 재판부가 장애인차별금지법에 따른 차별구제의 성격을 밝히려고 노력한 점에서 의의가 있지만 비송으로 본 판단에 대해서는 다양한 비판이 가능하다. 하지만 실무적으로도 이론적으로도 법원의 차별구제 판결에 대한 검토는 국내에서 본격적으로 이루어지지 않았다.

3) 김재왕, 장애인차별금지법 판결 분석, 사회보장법연구 제7권 제1호(2018), 33쪽.

## 제2절 | 본 연구의 목적

그동안 축적된 판결과 결정들을 분석하여 장애인차별금지법상 차별구제 청구가 어떠한 경우에, 어떠한 조건 하에서 인용될 수 있는지 살펴본다. 특히 최근 들어 차별구제청구소송의 성격, 법원의 재량의 의미, 재량권 행사의 요건, 간접강제 인용 기준 등에 관하여 법원도 고민하고 나름의 해석을 판결문에 담고 있다. 하지만 이러한 내용을 분석하고 평가하는 작업은 활발하지 않다. 판결문과 결정문 분석을 중심으로 한 이번 연구의 검토 결과는 연구진을 포함하여 장애인권 분야의 다양한 차별구제청구소송을 수행하고 있는 변호사들이 소송과정에서 참고할 수 있는 자료가 될 수 있다.

또한 이번 연구는 법원이 적극적으로 장애인차별금지법에 근거하여 차별구제 판결을 내릴 수 있는 이론적 근거를 마련하여 차별당하는 장애인의 권리를 가장 실효적으로 구제하도록 하는 것을 목적으로 한다.

한편, 2020년 6월 29일 포괄적 차별금지법안이 국회에 발의되었고, 위 법안은 구제수단으로 장애인차별금지법상 차별구제조치와 같은 내용을 담고 있다. 위 법안이 통과될 경우 더 많은 차별구제청구소송이 제기될 것으로 예상된다. 따라서 그동안 법원이 내린 장애인차별금지법상 차별구제 판결을 분석하고 관련 논의를 정리하여 차별구제조치 활성화를 위해 필요한 것이 무엇인지 파악하는 노력이 필요하다.

나아가 이번 연구를 기초로 향후 포괄적 차별금지법이 시행되었을 때 다양한 인권영역에서 차별구제 판결이 내려질 수 있도록 소수자의 권리구제 강화에 기여하는 마중물로 삼고자 한다.

### 제3절 | 본 연구의 범위, 방법

본 연구의 범위와 방법은 다음과 같다.

첫째, 선행연구를 검토하였다. 이 주제에 관한 선행연구로 삼을 수 있는 논문은 4편 정도였으나, 2020년 12월 법원과 인권법학회가 공동학술대회에서 차별구제청구소송을 주요 주제로 다루면서 논의가 깊어질 수 있는 계기가 마련되었다. 차별구제청구소송을 수행한 경험을 기초로 선행연구를 검토하여 쟁점을 추출하였다.

둘째, 전문가 인터뷰를 진행하였다. 차별구제청구소송을 수행하고 있는 변호사들을 섭외하여 사건 수행 과정에서의 고민과 의견을 인터뷰 형식으로 청취하였다. 그리고 주요 쟁점 중 하나인 집행법에 관한 전문성이 높은 판사 출신 변호사를 섭외하여 집행법 쟁점에 관한 의견을 수렴하였고, 차별구제청구소송을 포함하여 장애인권 영역에 이해가 높은 전문가를 섭외하여 연구의 전체적인 방향에 관한 의견을 수렴하였다.

셋째, 국내 소송사례를 분석하였다. 법원 홈페이지를 통한 판결문 검색, 전문가 인터뷰, 기사 검색 등을 통해 확인된 사건들의 판결문을 확보하여, 판결문의 청구취지와 주문을 비교하고, 쟁점별로 분석하였다. 이번 연구에서 분석 대상으로 삼은 소송 사례는 다음과 같다.

[표 1] 분석 대상으로 삼은 소송사례

번호	사건명	사건번호
#1	시청공무원 승진 배제	수원지방법원 2013구단11332
#2	대학 교직원 보직 배제 1차	전주지방법원 군산지원 2013가합2599
#3	대학 교직원 보직 배제 2차	전주지방법원 군산지원 2015가합11078
#4	종로3가역 승강기 설치 청구	서울중앙지방법원 2012가합106831
#5-1	신길역 등 승강기 설치 청구	서울남부지방법원 2018가합105669
#5-2		서울고등법원 2019나2029929
#6-1	광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구	수원지방법원 안산지원 2016가합6603
#6-2		서울고등법원 2017나2024388
#6-3		대법원 2018다203418
#7-1	교통약자 시외버스 탑승 보장 청구	서울중앙지방법원 2014가합11791
#7-2		서울고등법원 2015나2041792

번호	사건명	사건번호
#7-3		대법원 2019다217421
#8-1	아파트 지하주차장 승강기 설치 청구	대구지방법원 상주지원 2015가합225
#8-2		대구고등법원 2016나22159
#9-1	지하철역 장애인 화장실 성별 분리 청구	서울남부지방법원 2012가합13003
#10	지하철역 승강장 단차 차별	서울동부지방법원 2019가합108198
#11	버스 내 청각장애인 의사소통 차별	광주지방법원 2018가합58467
#12-1	지적장애인 보험가입 거부	서울중앙지방법원 2010가합76271
#12-2		서울고등법원 2011나18439
#13-1	정신장애인 보험가입 거부	서울중앙지방법원 2011가합38092
#13-2		서울고등법원 2013나61901
#14-1	피한정후견인 금융거래 제한	서울중앙지방법원 2018가합586347
#14-2		서울고등법원 2019나2041059
#14-3		대법원 2020다301308
#15-1	뇌병변장애인 대출거래 제한	광주지방법원 2018가합56850
#15-2		광주고등법원 2019나21636
#16	청각장애인 중고차 대출거래 거절	서울남부지방법원 2018가합100329
#17	시각장애인 대출거래 거절	서울중앙지방법원 2017가합555506
#18-1	시각장애인 놀이기구 탑승 거부	서울중앙지방법원 2015가합553445
#18-2		서울고등법원 2018나2062769
#19	지적장애인 놀이기구 탑승 거부	서울중앙지방법원 2014가합593279
#20	뇌병변장애인 여행 상품 판매 거부	서울중앙지방법원 2019머534733 (2019가합505192)
#21	시·청각장애인 영화관람권 보장 청구	서울중앙지방법원 2016가합508596
#22	항공사 홈페이지 웹 접근성 보장 청구	서울남부지방법원 2013가합102207
#23	시각장애인 체육시설 이용 거부	서울중앙지방법원 2012가합540783
#24	온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구	서울중앙지방법원 2017가합33112, 33129, 33136
#25	청각장애인을 위한 선거방송 개선 임시조치 신청	서울중앙지방법원 2012카기2448
#26	시각장애인을 위한 선거공보 개선 임시조치 신청	서울행정법원 2012아4209
#27	청각장애인을 위한 선거광고 개선 임시조치 신청	서울행정법원 2012아4203
#28	청각장애인을 위한 선거광고 개선 청구	서울행정법원 2012구합42427

넷째, 미국의 법체계를 살펴보고, 차별구제청구소송이 인용되거나 합의가 도출된 사건들을 찾아 비교법적 검토를 진행하였다. 이를 통해 국내 차별구제청구소송에 참고할 수 있는 시사점을 도출하였다.

## 제2장 장애인차별금지법상 차별구제청구소송 제도의 실무상 쟁점

### 제1절 | 제도 개관

장애인차별금지법은 차별행위에 대한 구제수단을 제4장과 제5장에서 규정하고 있다. 제4장은 차별시정기구와 구제수단으로 국가인권위원회에 의한 진정과 직권조사, 법무부장관에 의한 시정 명령을 제시하고 있다. 국가인권위원회의 진정제도는 차별이 발생하였을 때 누구라도(피해자가 아니라도) 간이한 방법으로 진정을 제기할 수 있고, 비용이 들지 않는다는 장점이 있지만, 차별행위가 일어났다고 판단할 때에는 피진정인, 그 소속 기관·단체 또는 감독기관의 장에게 구제조치의 이행, 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선을 권고할 수 있도록 규정하여 구속력이 없다는 단점이 있다(장애인차별금지법 제38조 내지 제42조, 국가인권위원회 제44조). 법무부장관의 시정 명령은 국가인권위원회의 권고에도 불구하고 구제조치가 이행되지 않는 경우에 차별행위의 중지, 피해의 원상회복, 재발 방지 조치 등을 명하는 것으로 이를 이행하지 않는 경우 3,000만 원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다(제43조 내지 제45, 제50조). 시정명령은 구속력이 있지만, 현재까지 단 2건이 내려져 사문화되었다는 비판이 있다.<sup>4)</sup>

법원에 의한 구제수단은 법원의 임시조치명령권(제48조 제1항), 차별구제청구소송(제2항), 간접강제(제3항)으로 구성되어 있다.<sup>5)</sup> 그 내용은 다음과 같다.

제48조(법원의 구제조치) ① 법원은 이 법에 따라 금지된 차별행위에 관한 소송 제기 전 또

4) 2020. 12. 29.자 더인디고 기사, “시정명령, 법에서 잠자던 제도를 부활시킬 수 있을까?”  
<http://theindigo.co.kr/archives/14790> (2021. 3. 30. 확인).

5) 장애인차별금지법 제정 운동 초기에 징벌적 손해배상제도, 입증책임의 전환, 집단 소송제도 등이 제안되었으나, 위 제도들이 사실상 도입 불가능하다는 판단하에 대체제도로써 법원의 임시조치제도가 전격적으로 도입되었다[장애인 법연구회, 장애인차별금지법 해설서, 나남 (2017). 358쪽].

는 소송 제기 중에 피해자의 신청으로 피해자에 대한 차별이 소명되는 경우 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 그 밖의 적절한 임시조치를 명할 수 있다.

② 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다.

③ 법원은 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고, 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다. 이 경우 「민사집행법」 제261조를 준용한다.

임시조치명령권은 차별구제청구소송을 제기하더라도 판결을 받기까지 많은 시간이 걸리고 그 사이 권리관계가 변경되면 피해자가 승소하더라도 권리를 실현할 수 없게 되는 문제가 있으므로, 이러한 문제를 막기 위해 잠정적으로 법률관계를 형성하여 피해자의 손해를 예방할 수 있게 하였다. 차별행위자가 개인 또는 기업인 경우뿐만 아니라 국가 또는 지방자치단체인 경우에도 인정된다는 점에서 활용가치가 크다.<sup>6)</sup>

차별구제청구소송은, 민법에서 불법행위를 한 자에 대한 금전배상 원칙을 규정하고 있지만 그것에 직접적인 개선효과가 없어 실효적인 구제제도가 되지 못한다는 한계를 극복하기 위해서 법원에 적극적인 시정조치를 명할 수 있도록 한 것이다. 이 제도는 미국의 민권법상 금지명령 제도를 도입한 것으로 소개된다.<sup>7)</sup>

간접강제는 채무의 성질상 간접강제를 명할 수 있는 경우 법원이 당사자의 신청에 따라 차별시정을 위한 적극적 조치를 명하는 동시에 이를 이행하지 않을 경우를 대비하여 일정한 배상을 명하는 것으로, 그 결정에는 차별시정을 위한 이행 의무 및 그 이행을 위한 상당한 이행 기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 이내에 이행을 하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명한다(민사집행법 제261조 제1항).

6) 장애인법연구회, 360쪽.

7) 장애인법연구회, 364쪽.

## 제2절 | 선행연구 검토

### Ⅰ “소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점”

차성안은 2012년 “소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점 - 장애인 교육차별에 관한 사례분석을 중심으로”라는 논문<sup>8)</sup>에서 ① 작위의무의 이행청구에 있어서 그 의무가 수단채무의 성격을 가지는지 혹은 결과채무의 성격을 가지는지에 따라 필요한 청구취지 특정의 정도가 달라질 수 있다는 점, ② 장애인의 권리구제와 관련해서 장래의 이행을 구하는 소송의 경우 그 내용에 따라서 ‘미리 청구할 필요’가 인정될 수 있다는 점, ③ 공법상 당사자소송으로 장애인에 대한 일정한 작위의무의 이행을 구하는 이론구성도 고려해볼 수 있다는 점, ④ 장애인차별금지법은 공법관계인지, 사법관계인지와 관계 없이 차별구제판결을 할 수 있다고 규정하고 있다는 점을 지적하였다.

### Ⅱ “장애 차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로”

김재원은 2013년 “장애 차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로”라는 논문<sup>9)</sup>에서 ① 법원이 사적 자치나 계약자유를 이유로 구제조치판결을 내리는 데에 소극적인데, 사적 자치나 계약자유는 강해법규에 의해 제약을 받는 것이므로 이는 타당하지 않다는 점, ② 장애인차별금지법은 행정소송법의 특별법으로 보아야 하므로 삼권분립을 이유로 국가에 대한 이행청구가 불가능하다고 보는 입장은 타당하지 않다는 점을 지적하였다.

### Ⅲ “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조에 따른 ‘법원의 구제조치’”

김재원·최초록·김구열은 2016년 “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조에 따른 ‘법원의 구제조치’”라는 논문<sup>10)</sup>에서 ① ‘계약체결의 자유’를 이유로 차별구제판결을 ‘자제’하는 것

8) 차성안, 소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점, 사회보장법연구 2012년 제1호 (2012).

9) 김재원, 장애 차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로, 법과사회 제45호 (2013).

10) 김재원·최초록·김구열, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조에 따른 ‘법원의 구제조치’, 장애인법연구 (2016).

은 부당하다는 점, ② 차별구제청구소송에서는 공법관계와 사법관계를 구분하는 실익이 없으며 이러한 구분은 오히려 분쟁해결절차의 일원화를 막는다는 점, ③ 차별행위 여부를 판단함에 있어서의 ‘과도한 부담’과 차별구제에 대해 판단함에 있어서 각 차별시정 방법들의 ‘과도한 부담’은 서로 다른 판단척도라는 점을 지적하였다.

#### Ⅳ “장애인차별금지법상 법원의 적극적 조치”

구본권은 2017년 “장애인차별금지법상 법원의 적극적 조치”라는 논문<sup>11)</sup>에서 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 여러 이론적, 실무적 쟁점들을 제시하였다.

##### ① 차별구제조치의무와 차별구제청구소송의 법적 성격

- 차별구제조치의무는 ‘하는 채무’로서, 부대체적 작위의무에 해당한다.
- 차별구제청구소송은 이행의 소에 해당한다.
- 행정청을 상대로 일정한 처분의 발급이나 의무의 이행을 청구하는 내용의 차별구제청구소송의 경우, 그것을 행정법에서의 의무이행소송을 볼 수 있는지 문제된다. 이는 행정법에서의 의무이행소송에 해당하며, 장애인차별금지법이 의무이행소송의 근거를 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

##### ② 차별구제청구소송의 관할: 특히 행정청을 피고로 하는 경우

- 행정청을 상대로 일정한 처분의 발급이나 의무의 이행을 청구하는 내용의 차별구제청구소송의 경우, 관할이 문제된다. 이 경우, 관할은 행정법원이 아닌 민사법원에 있다고 보아야 한다.

##### ③ 차별구제청구를 할 수 있는 원고의 범위

- 차별구제청구소송을 제기할 수 있는 원고의 범위와 관련해서, 원고가 해당 차별구제조치와 직접적인 이해관계를 가질 것이 요구되는지, 추상적인 이행관계만 가져도 충분한지 문제된다. 원고가 밀접하고 직접적인 이해관계가 없이 추상적인 이해관계를 가지를 경우에도 차별구제청구가 가능하다.

11) 구본권, 장애인차별금지법상 법원의 적극적 조치, 사회보장법연구 2017년 제6권 제1호 (2017).

## ④ 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구소송

- 보험회사가 장애인에 대해서 보험계약에 관한 청약의 유인을 거절하는 등 차별행위가 반복될 우려가 있는 경우, 차별구제청구를 통해서 이를 시정할 수 있는지 문제된다. 약관이나, 회사 내부의 가이드북, 업무처리규정의 수정 및 변경을 구하는 차별구제청구를 통해서 반복적 차별행위를 시정할 수 있다.

## ⑤ 차별구제조치판결의 '필요성' 요건 판단기준

- 차별구제조치판결이 내려지기 위해서는 차별행위가 존재하여야 하고, 차별구제조치판결의 '필요성'이 인정되어야 하는데, 이러한 '필요성' 요건의 구체적인 판단기준이 문제된다. 이에 대해서 법원은 차별시정의 기대 효과를 그 적극적 요건으로 고려하고 있으며, '차별구제조치판결이 피고의 자유를 현저히 훼손하지 아니할 것'은 그 소극적 요건에 해당한다.

## ⑥ 법원의 재량권과 처분권주의

- 법원은 장애인차별금지법이 법원에게 차별구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 보고 있다. 그렇다면 이러한 재량권에 의해서 법원이 원고가 신청한 차별구제조치에 한정되지 않고 그보다 넓게 차별구제조치를 인용할 수 있는 것인지 문제된다. 이때의 재량권은 원고의 청구 목적 범위 내에서의 재량권을 지칭하는 것으로 보이지만, 법원은 원고가 청구한 내용에 기계적으로 기속될 필요가 없고 원고가 청구한 목적을 고려해서 적절한 차별구제조치를 결정할 수 있다.

## ⑦ 소송 도중에 차별행위가 중지된 경우

- 차별구제청구소송이 진행되는 중에 피고가 차별적 행위를 중지하는 등 원고가 청구하는 조치를 취하는 경우 법원의 판단이 문제된다. 원고의 청구를 기각하는 것이 원칙이다.

## ⑧ 판결의 효력 범위

- 차별구제조치판결의 (인적) 효력범위는 통상적인 민사소송과 동일하며, 소송을 당사자 사이에서만 그 효력이 미친다. 다만, 차별구제조치판결은 원고 외의 사람에게도 사실상 판결의 효과가 미치는 특징이 있다.

## V “우리나라 법원의 적극적 차별구제조치의 판결례에 관한 연구”

하정훈은 2020년 <포괄적 차별금지법과 법원의 역할>을 주제로 개최된 인권법학회와 법원 국제인권법연구회의 공동학술대회에서 “우리나라 법원의 적극적 차별구제조치의 판결례에 관한 연구”라는 제목의 발표문<sup>12)</sup>을 통해 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 여러 이론적, 실무적 쟁점들을 제시하였다.

### ① 차별구제조치의무와 차별구제청구소송의 법적 성격

- 장애인차별금지법에 근거하여 차별구제조치를 구하는 청구를 사법상의 구체적인 이행청구권에 기초한 청구라고 볼 수 있는지 문제된다. 관련하여 차별구제청구소송이 구체적인 권리·의무에 관한 분쟁 사건인지, 비송적 성질을 가진 사건인지도 문제된다. 구제청구는 평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방을 구하는 사법상의 이행청구권에 기초한 청구이며, 차별구제청구소송은 이러한 청구를 하는 민사소송으로 보는 것이 타당하다.
- 적극적 차별구제조치를 명하는 판결은 비대체적 작위채무를 명하는 이행판결이고, 그 집행은 간접강제의 방식에 의한다.
- 차별구제청구소송의 피고가 국가·지방자치단체가 되는 경우, 이를 행정소송으로 보아야 하는지 문제된다. 현재의 실무는 차별구제청구소송이 민사소송이고, 이를 민사법원에서 관할하는 것으로 정리되었다. 이 경우 피고는 처분청이 아니라, 민사적인 권리·의무의 귀속주체인 국가, 지방자치단체 또는 공법이 되는 것이 타당하다.
- 차별구제청구소송의 피고가 국가·지방자치단체가 되는 경우, 행정법에서의 당사자소송에 해당하는지 문제된다. 원칙적으로 이를 민사소송으로 보는 것이 타당하나, 법률관계의 성질에 따라서는 당사자소송에 해당할 수 있다.
- 국가·지방자치단체를 상대로 처분의 발급을 구하는 경우, 이를 행정법에서의 의무이행소송으로 보아야 하는지 문제된다.

### ② 원고적격

- 차별행위의 피해자에게만 차별구제청구소송의 원고적격이 인정되는지 문제된다. 장애인차별금지법의 문언상 원고적격이 ‘피해자’로 한정된다고 취지로 해석한 판결례가 존재하나, 차별구제청구소송이 이행의 소라는 점에 비추어서 일반적인 이행의 소에 인정되지 않는 별

12) 하정훈, 우리나라 법원의 적극적 구제조치의 판결례에 관한 연구, 포괄적 차별금지법과 법원의 역할 자료집 (2020).

개의 소송요건을 추가로 요구하는 것은 타당하지 않다.

### ③ 차별구제청구를 할 수 있는 원고의 범위

- 차별구제청구소송이 구체적 법률관계에 관한 다툼인지 문제 될 수 있다. 특히 원고가 차별구제조치에 대해 어느 정도의 이해관계를 가져야 구체적 사건성이 있다고 볼 수 있는지 문제된다.

### ④ 차별구제청구의 권리보호이익

- 보험회사가 보험계약 체결을 위한 청약의 유인을 하지 않은 것이 차별행위인 경우 차별구제청구소송 계속 중 보험회사가 더 이상 해당 보험상품을 판매하지 않고 있다면 차별구제청구의 소의 이익이 부정되는 것인지 문제된다. 또한 피고 측이 차별시정을 위한 계획을 수립하였고 이를 단계적으로 시행할 예정인 경우에도 소의 이익이 부정되는지 문제된다. 이행의 소는 원고가 이행청구권의 이행기가 도래하였다고 주장하는 것 자체로 권리보호이익이 인정되고, 원고가 구하는 이행판결이 이행 또는 집행불능인 경우에도 소의 이익이 일반적으로 인정되므로, 위의 경우에는 권리보호이익을 인정하는 것이 타당하다.

### ⑤ 청구의 특성과 이행 및 집행가능성

- 차별구제조치판결의 내용이 지나치게 포괄적이고 막연하여 그 내용이 명확하거나 특정되지 않으면 집행에 어려움이 발생할 수 있다. 차별구제조치의 이행가능성이나 집행가능성이 차별구제조치판결의 고려요소가 될 수 있는지 문제된다.

### ⑥ 차별구제조치판결의 요건

- 법원은 차별구제조치판결을 내림에 있어서 차별구제조치의 필요성·적합성, 피고의 이익에 대한 고려, 사적 자치 또는 권력분립에 대한 고려, 이행가능성·집행가능성, 제3자의 이익 및 공익 등을 고려하고 있는데, 이러한 고려사항이 타당한 것인지, 어떤 기준으로 이를 적용하여야 할지 문제된다.

### ⑦ 법원의 재량권

- 장애인차별금지법의 문언상 차별행위가 있다고 하더라도 법원이 차별구제조치판결을 내릴 때에는 재량권을 행사할 수 있다는 것이 명확하다. 다만 재량권 행사의 구체적인 기준이 문제된다.

## ⑧ 법원의 재량권과 처분권주의

- 법원은 차별구제조치판결의 내용을 형성하는 데에 일정한 재량이 있는데, 처분권주의에 의해서 주문의 내용을 형성하는 데에 법원이 원고의 청구취지에 얼마만큼 구속되는지가 문제된다. 법원은 일부인용판결을 내릴 수 있으며, 차별구제조치의 본질적 내용이 변경되지 않는다면 일부 기술적인 부분을 변경하는 형태로 이를 받아들이는 것도 가능할 수 있다.

## ⑨ 일정한 기간 내에 차별을 시정하도록 하는 주문의 가부

- ‘판결확정일로부터 ○○일 이내에 차별구제조치를 이행하라’는 취지의 주문이 가능한지 문제된다. 차별구제조치를 이행하는 데에 상당한 시간이 소요되는 경우가 있을 수 있으므로, 이러한 주문은 가능하다.

## ⑩ 판결의 효력 범위

- 차별구제청구소송은 평등권의 회복을 위한 민사상 이행소송이지 규범통제소송이 아니다. 따라서 판결의 효력은 오직 당사자들 사이에만 미친다.

## 제3절 | 전문가에 대한 인터뷰 결과

## I 민사집행 분야 전문가와의 인터뷰

민사집행 분야의 전문가인 권창영<sup>13)</sup>은 인터뷰(이하 ‘권창영과의 인터뷰’)를 통해서 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 견해를 개진하였다.

## ① 차별구제조치의무와 차별구제청구소송의 법적 성격

- 차별구제조치의무는 ‘하는 채무’이다. 따라서 차별구제청구는 ‘하는 채무’의 성질상 개방성이 불가피하다.
- 차별구제청구소송은 소송이라고 보아야 한다.

13) 권창영은 법무법인(유한) 지평 소속의 변호사로, 18년간 법관으로 근무하면서 다년간 민사집행 및 보전소송 재판을 담당한 바 있다. 그 경험을 바탕으로 『주석 민사집행법』 제7권(한국사법행정학회, 2012)을 집필하였고, 『법원실무제요 민사집행』(법원행정처, 2014)의 발간작업에도 주도적으로 참여하였으며, 그 외에도 『민사보전법』(도서출판 유로, 2010), 『민사보전(민사집행실무총서)』(한국사법행정학회, 2018) 등 다수의 단행본 및 논문을 집필하였다.

## ② 청구의 특정

- 차별구제조치의 청구취지나 주문은 사회통념상 작위의무를 특정할 수 있을 정도면 충분하다. 피고의 입장에서 의무의 내용을 이해할 수 있을 정도로 특정되면 족하다. 아주 구체적인 부분까지 정해져야 하는 것은 아니다.
- 어느 정도 특정이 되어야 하는지에 있어서는 가처분 사건에서의 주문례를 참고할 수 있다. 특히 노동 사건에 관한 가처분에서 여러 형태의 작위의무를 명하는 주문례가 축적되어 있다.
- 한편, 최근 들어 지식재산권 분야에서는 침해되는 지식재산권의 내용과 제품명까지만 특정하면, 신청취지가 적법하다는 것으로 실무례가 바뀌었다. 이러한 실무례를 고려한다면, 차별구제청구에서도 청구취지도 지나치게 막연하지만 않으면 충분히 특정되었다고 볼 수 있다.
- 차별을 시정하는 방법을 특정함에 있어서 열거의 방법을 사용하는 것도 가능하다고 보아야 한다. 예를 들어 장애인의 이동권에 관한 사건에서 ‘경사로, 엘리베이터, 복도 등의 시설을 설치하라’와 같이 1~3개 정도의 예시를 들어 ‘등’을 붙여서 청구하는 것도 가능할 것이다.
- 청구취지가 충분히 특정되지 않았을 경우, 법원은 바로 각하하지 않고 원고 측에 청구취지를 분명하게 특정하는 것을 요구하는 것이 타당하다.
- 만약 피고가 원고 측의 청구취지를 이행하는 것이 어렵다고 주장할 경우, 법원은 피고가 취할 수 있는 조치가 무언인지에 관하여 구체적인 대안을 제시할 것을 석명할 수 있다. 차별구제조치가 다양할 수 있고, 차별구제조치에 있어서 법원의 재량이 있다는 점을 고려하여 보면, 법원이 적극적으로 석명권을 행사하는 것이 타당하다. 원고도 법원의 석명을 적극적으로 요구해볼 수 있을 것이다. 이러한 과정을 거쳐서, 피고가 제시한 대안에 따라 원고가 청구취지를 변경하여 이를 특정하는 것도 방법이 된다.

## ③ 차별시정을 위한 대안이 존재하는 경우의 소송진행

- 만약 원고의 청구 목적을 달성할 수 있는 대안을 피고 측에서 제시한다면, 법원은 차별구제조치판결에 있어서 이러한 사정을 고려할 수 있다. 소송법적으로 보면, 이러한 피고의 주장은 원고가 청구취지에서 제시한 차별해소방안의 적정성에 대해서 적극적으로 부인하는 것으로 볼 수 있다. 이 경우 피고가 제시한 대안에 따라 원고가 청구취지를 변경할 수도 있을 것이다.

## ④ 차별시정방법의 객관적 병합

- 차별을 시정할 수 있는 방법이 다양할 경우, 원고는 선택적으로 청구를 하거나, 여러 청구를 병렬적으로 단순 병합하는 것을 고려해 볼 수 있다. 각각의 방법이 서로 양립 불가능하다면 주위적·예비적 병합이, 택일적으로 가능하다면 선택적 병합이, 양립 가능하다면 객관적 병합이 타당하다. 대부분의 경우에는 서로 양립이 가능할 것으로 보인다. 객관적 병합(단순 병합)의 경우 법원은 각각의 청구항을 모두 인용할 수 있고, 일부를 인용하거나 전부 기각할 수 있다. 선택적 청구의 경우 법원은 적절한 청구를 택할 수 있다.

## ⑤ 주문에 있어서 법원의 재량과 처분권주의의 문제

- 주문에 있어서는 법원에게 재량이 인정된다. 그러나 법원이 원고의 청구취지를 뛰어넘는 주문을 내릴 수는 없다. 질적 일부판결은 가능할 것이다.

## ⑥ 판결 등의 집행과 간접강제

- 간접강제에 있어서는 법원의 재량이 크다. 하지만 단행가처분결정과 차별구제조치판결을 비교하여 보면, 본안 판결의 실효성을 높인다는 측면에서 차별구제조치판결의 경우 간접강제 신청이 인용될 가능성이 상대적으로 높다.

## II 차별구제청구소송 수행 경험이 있는 변호사와의 인터뷰

### 1. 김재왕과의 인터뷰

다수의 차별구제청구소송을 수행한 경험이 있는 김재왕<sup>14)</sup>은 인터뷰(이하 ‘김재왕과의 인터뷰’)를 통해서 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 견해를 개진하였다.

## ① 차별구제청구소송의 피고에 관한 쟁점

- 제도 초기에는 피고 측이나 법원이 국가나 지방자치단체에 대한 차별구제청구가 가능한 것

14) 김재왕은 ‘공익인권변호사모임 희망을만드는법’ 소속의 변호사로서, ‘시각장애인 대출거래 거절 사건(#17)’, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’, ‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’, ‘뇌병변장애인 여행 상품 판매 거부 사건(#20)’, ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’, ‘청각장애인을 위한 선거방소 개선 임시조치 신청 사건(#25)’, ‘시각장애인을 위한 선고공보 개선 임시조치 신청 사건(#26)’, ‘청각장애인을 위한 선고광고 개선 임시조치 신청 사건(#27)’, ‘청각장애인을 위한 선고광고 개선 청구 사건(#28)’ 등 다수의 차별구제청구소송을 수행하였거나, 수행하고 있다.

인지에 대해 의문을 제기한 경우도 있었다. 현재는 국가나 지방자치단체에 대해서도 차별구제청구가 가능하다는 점에는 이견이 없다.

- 교육권과 관련해서 학교에 대해 차별구제청구소송을 제기하는 경우, 피고를 누구로 정해야 하는지가 문제 될 수 있다. 일반적으로 보았을 때에는 권리주체인 학교법인을 피고로 정하는 것이 타당할 것이다. 그런데 장애인차별금지법은 교육에 관한 차별금지의무를 교육책임자(교육기관의 장)에게 부여하고 있어서 학교장을 피고로 정해야 하는 것이 아닌지 문제가 된다. 또한 교육기관의 장을 피고로 한다면, 자연인을 상대로 소제기를 하여야 하는 것인지 ‘교장’이라는 기관을 상대로 소제기를 하여야 하는 것인지도 문제가 남는다.

## ② 청구의 특징

- 청구의 특정문제는 소송실무에서 가장 빈번하게 문제되고 있다.
- 청구취지가 지나치게 구체적으로 특정됨에 따라 생기는 문제도 있다. 예컨대, 직접 수행하고 있는 에버랜드 놀이기구 사건의 경우 소 제기 당시에 에버랜드 측의 규정을 중심으로 구체적으로 청구취지를 특정하였는데, 소 제기 이후에 관련 규정이 모두 개정되어 버렸다. 이에 따라 청구취지를 다시 변경할 필요가 생겼다. 보다 포괄적으로 청구취지를 구성하였더라면 생기지 않았을 문제로 보인다.

## ③ 처분권주의와 일부인용판결

- 양적 일부인용판결이 가능하다고 생각한다. 시청각장애인 영화관람권 사건에서는 재판부가 자막 및 화면해설 수신기기, 보청기기 등의 수량을 조정할 수 있도록 청구취지를 구성한 바 있다. 질적 일부인용판결도 가능할 것으로 보인다. 지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건에서도 법원이 원고 측에서 요구하는 가이드북의 내용을 수정해서 질적 일부인용판결을 내린 바 있다.

## ④ 피고 측의 임의이행가능성

- 대여금소송에서 피고가 변제 의사를 밝힌다고 해서 소의 이익이 부정되지 않는 것처럼, 피고 측이 차별을 시정할 의사를 밝혔다고 해서 소의 이익이 부정되는 것은 타당하지 않다.

## ⑤ 조정절차

- 직접 수행한 여행사 에어텔 상품 거부 사건은 여행사 측이 매뉴얼을 배포하고 직원들에게 이에 대한 교육을 하는 내용으로 조정이 성립되어 종결되었는데, 매뉴얼의 구체적인 내용

은 조정과정을 통해서 정해졌다. 원고 측에서 매뉴얼에 들어가야 할 내용에 대해서 구체적인 의견을 냈다. 이와 같이 실무에서는 조정절차를 통해서 청구의 내용이 구체화되는 경우도 있다.

## 2. 연형국과의 인터뷰

다수의 차별구제청구소송을 수행한 경험이 있는 연형국<sup>15)</sup>은 인터뷰(이하 ‘연형국과의 인터뷰’)를 통해서 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 견해를 개진하였다.

### ① 차별구제청구를 할 수 있는 원고의 범위

- 차별구제조치와 추상적인 관련성만 가지고 있는 자가 원고로서 차별구제청구소송을 제기할 수 있는지 문제 될 수 있다. 국내의 ‘항공사 사이트 웹 접근성 사건’에서는 실제로 사이트에 접속을 하였던 사람이 원고였기 때문에 이점이 문제되지 않았다.

### ② 청구의 특정

- 청구의 특정문제는 소송실무에서 가장 빈번하게 문제되고 있다.
- 청구취지를 지나치게 구체적으로 특정하는 것이 적절하지 않은 경우도 있다. 승강장과 지하철 사이의 단차 문제를 해결하여 달라는 차별구제청구소송(‘지하철역 승강장 단차 차별 사건’)의 경우, 수동인 안전발판을 설치할 것인지, 수동인 안전발판을 설치할 것인지 등 차별해소 방법이 다양하므로 하나로 특정하는 것이 바람직하지 않다.

### ③ 청구취지 관련 법원의 석명

- 청구의 특정이나 차별시정의 대안과 관련해서 법원이 적극적으로 석명권을 행사하는 사건도 있다. 이처럼 법원이 석명권을 적극적으로 행사하는 것이 매우 중요하다고 생각한다. 어떤 시정방안이 가능한지는 피고가 판단할 수 있는 문제이기 때문이다.

### ④ 법원의 재량

- 법원에게 차별구제조치의 내용에 관한 재량은 인정되나, 법원에게 차별구제조치판결을 내

15) 연형국은 ‘공익인권법재단 공감’ 소속의 변호사로서, ‘대학 교직원 보직 배제 1차 사건(#2)’, ‘아파트 지하주차장 승강기 설치 청구 사건(#8)’, ‘지하철역 장애인 화장실 성별 분리 청구 사건(#9)’, ‘지하철역 승강장 단차 차별 사건(#10)’, ‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’, ‘항공사 홈페이지 웹 접근성 보장 청구 사건(#22)’ 등 다수의 차별구제청구소송을 수행하였거나, 수행하고 있다.

릴지 여부에 관한 재량이 있다고 보는 것은 타당하지 않다.

#### ⑤ 소송계속 중 차별이 시정된 경우

- ‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’에서는 소송 계속 중에 차별이 시정되었음에도 향후에 예상되는 반복적인 차별행위에 대한 차별구제청구가 인용된 바 있다. 따라서 소송계속 중에 차별이 시정되었다는 이유로 소의 이익을 부정하는 것은 타당하지 않다.

#### ⑥ 조정절차

- 법원이 차별구제조치판결을 내리는 것을 부담스러워해서 조정에 회부하는 경우가 많은 것으로 보인다. 이는 일종의 사법소극주의로, 부당하다고 생각된다. 조정으로 사건이 종결될 경우에는 판결례가 남지 않아서 차별을 일반적으로 해결하는 데에도 한계가 있다.

### 3. 윤정노와의 인터뷰

다수의 차별구제청구소송을 수행한 경험이 있는 윤정노<sup>16)</sup>는 인터뷰(이하 ‘윤정노와의 인터뷰’)를 통해서 아래와 같이 차별구제청구소송과 관련된 견해를 개진하였다.

#### ① 청구의 특정

- 청구의 특정과 관련해서 집행가능성을 고려할 필요가 있다. 다만, 본안사건에서 판단해야 할 문제와 집행 단계에서 판단하여야 할 문제는 구분해서 보는 것이 타당하다. 본안사건에서의 청구는 피고가 이행해야 하는 의무를 명확하게 인지할 수 있을 정도로 특정되면 충분하고, 만약 이행이 되었는지에 대해서 다툼이 있다면 그것은 집행 단계에서 충분히 따져볼 수 있다.

#### ② 차별을 시정할 수 있는 여러 방법이 존재하는 경우

- 구체적으로 차별을 어떻게 시정할 것인지에 대해서는 피고의 주장도 필요하다. 피고로서는 원고가 청구한 차별시정의 방법 외에 다른 방법도 가능하다고 생각한다면 이를 주장할 필요가 있다.

16) 윤정노는 법무법인(유한) 태평양 소속의 변호사로서, ‘종로3가역 승강기 설치 청구 사건(#4)’, ‘광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구 사건(#6)’, ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’ 등 다수의 차별구제청구소송을 수행하였거나, 수행하고 있다.

- 다만 차별을 시정할 수 있는 여러 방법이 있을 때 그 중 하나의 방법을 원고가 청구하였다면 차별임이 인정되는 이상 기본적으로 원고의 청구를 인용하는 것이 타당하다. 다른 차별시정 방법이 있을 수 있다는 이유만으로 원고의 청구를 기각하는 것은 타당하지 않다.

### ③ 청구의 특정을 위한 소송지휘

- 청구의 특정을 위한 소송지휘는 실무상으로도 이루어지고 있다. 다만 반드시 법원의 ‘석명 준비명령’의 형식으로 이루어지는 것은 아니며, 변론기일과 준비서면 등을 쌍방 당사자의 입장을 듣게 된다. 한 쪽 당사자 측에서는 적극적으로 구석명신청을 해서 청구취지에 관한 (특히 청구의 특정이나 차별시정의 대안, 집행가능성에 관한) 다른 쪽 당사자의 입장을 확인하는 것도 방법이 될 수 있다.

### ④ 장래이행청구의 가능성

- 차별구제청구소송의 경우에도 다른 이행의 소에 준해서 장래이행청구가 가능하다고 생각된다. 예컨대, 선거나 시험과 관련해서 정당한 편의제공이 이루어지지 않는 차별행위에 대한 차별구제청구소송을 생각해볼 수 있다.

### ⑤ 차별구제조치판결의 요건

- 법원은 차별구제조치판결을 내림에 있어서 차별구제조치의 필요성·적합성, 피고의 이익에 대한 고려, 이행가능성·집행가능성 등을 고려하고 있다. 고려요소를 구체화하는 것은 필요하겠지만, 위 고려요소 각각을 차별구제조치판결의 필요요소로 보아서 요건 별로 충족 여부를 판단하는 것은 타당하지 않다.

### ⑥ 법원의 재량

- 법원에게 차별구제조치의 내용에 관한 재량은 인정되나, 법원에게 차별구제조치판결을 내릴지 여부에 관한 재량이 있다고 보는 것은 타당하지 않다.

## 제4절 | 소결 - 도출되는 법적 쟁점들

위의 제2절 및 제3절에서 살펴보았던 장애인차별금지법상 차별구제청구소송에 관한 법적 쟁점들을 정리하여 보면 아래의 표와 같다. 아래의 표에서는 쟁점들을 ① 차별구제청구소송과 차별구제청구권의 법적 성격, ② 법원과 당사자에 관한 쟁점, ③ 차별구제청구소송의 청구취지와 주문에 관한 쟁점, ④ 차별구제청구소송의 실체적 요건과 법원의 심리방법에 관한 쟁점, ⑥ 차별구제조치에 관한 조정 및 화해에 관한 쟁점, ⑦ 차별구제조치판결의 효력과 집행에 관한 쟁점의 순서로 정리하였다.

### 1. 차별구제청구권과 차별구제청구소송 일반

#### 1.1. 차별구제청구권의 성격

##### ○ 차별구제청구권이 사법상의 권리인지, 공법상의 권리인지

: 장애인이 국가 또는 지방자치단체를 상대로 차별구제조치를 구하는 경우, 이때 장애인 측이 주장하는 권리(차별구제청구권)가 사법상의 권리인지, 공법상의 권리인지 문제된다. 이에 따라, 이러한 차별구제청구소송이 민사소송인지 행정소송인지, 그 관할이 민사법원에 있는지 행정법원에 있는지 등이 달라진다.

##### ○ 차별구제청구권이 개별·구체적인 권리인지

: 차별구제청구권이 사법(私法)상의 구체적인 이행청구권에 해당하는지 문제된다. 이는 차별의 시정을 구하는 장애인의 권리와 이에 대응되는 차별시정의무가 개별적, 구체적인 권리·의무인지, 아니면 일반적·추상적인 권리·의무인지의 문제이다.

##### ○ 차별구제청구권이 방해배제·예방청구권인지, 원상회복을 구하는 불법행위 손해배상청구권인지

: 차별구제청구권이 평등권 침해에 대한 방해배제·예방청구권인지, 원상회복의 방법으로 구제를 구하는 불법행위 손해배상청구권의 하나인지 문제된다. 전자의 해석은, 소유권이나 인격권의 침해에 대해 방해배제·예방청구권이 인정되는 것과 유사하게 장애인차별금지법이 장애인의 평등권을 침해한 행위에 대해 방해배제·예방청구권을 규정하고 있다는 것이다. 후자의 해석은, 민법이 불법행위에 의한 손해배상의 경우 원칙적으로 금전에 의하도록 규정하고 있는데,<sup>17)</sup> 장애인차별금지법이 장애인에 대한 차별의 경우 원상회복의 방법이 가능함을 규정하고 있다는 것이다.

##### ○ 차별시정의무의 '하는 채무'로서의 특성

: 차별구제청구권에 대응하는 상대방, 즉 차별행위 가해자의 의무는 일반적으로 '하는(혹은 하지 않을) 채무'로서, 비대체적 작위의무 또는 부작위의무에 해당한다고 이해되고 있다. 이러한 의무의 성격에 따른 특성이 쟁점이 된다.

#### 1.2. 차별구제청구소송의 성격

##### ○ '소송'으로서의 차별구제청구소송

: 차별구제청구소송이 소송사건인지, 비송사건인지, 비송적 성격을 가진 소송사건인지 문제된다.

17) 민법 제763조, 제394조.

## ○ ‘이행의 소’로서의 차별구제청구소송

: 차별구제청구소송이 이행의 소에 해당하는지, 경우에 따라서는 형성의 소에 해당할 수 있는지 문제된다. 이행의 소로 본다면, 차별구제청구소송은 차별구제청구권의 존부 및 내용을 확정하고 원고에게 이에 관한 집행권원을 부여하게 된다. 형성의 소로 본다면, 법원의 차별구제판결 자체로 어떤 법률관계를 형성하는 효과가 발생하게 된다.

## ○ 행정소송이 아닌 ‘민사소송’으로서의 차별구제청구소송

: 국가 또는 지방자치단체를 상대로 차별구제청구소송을 제기하는 경우, 이러한 소송이 행정소송인지 아니면 민사소송인지 쟁점이 된다. 이에 따라, 관할도 결정될 것이다. 행정소송이라고 본다면, 행정청에 대해서 처분의 발급을 구하는 소송이 가능한지, 국가 또는 지방자치단체에 대한 이행의 소는 행정소송 법상 당사자소송에 해당한지 문제된다.

## 2. 차별구제청구소송의 법원과 당사자

## 2.1. 법원

## ○ 국가를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 소송의 관할

: 국가 및 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제된다.

## 2.2. 원고

## ○ 원고와 청구내용의 관련성 정도

: 차별구제청구가 인용되기 위해서 ‘원고’와 관련해서 어떤 요건이 요구되는지 문제된다. 구체적으로는 (i) 원고가 과거에 차별행위로 인한 피해를 겪었을 것이 요구되는지, (ii) 원고에게 청구내용과의 직접적인 관련성이 요구되는지, 추상적인 관련성으로 충분한지, (iii) 위와 같은 요건이 소송법상 ‘원고적격’에 해당하는지 아니면 원고적격은 원고가 이행청구권을 주장하는 것만으로 충족되는지가 쟁점이 된다.

## ○ 비장애인의 차별구제청구 가부

: 장애인차별금지법은 ‘이 법에서 금지하는 차별행위로 인하여 피해를 입은 사람’을 피해자로 정의하면서 법원은 피해자의 청구에 따라 차별구제판결을 내릴 수 있다고 규정하고 있는데,<sup>18)</sup> 비장애인도 차별구제청구를 할 수 있는지 문제된다.

## 2.3. 피고

## ○ 사인을 상대로 하는 차별구제청구의 가부

: 국가나 지방자치단체가 아닌 사인(私人)을 상대로도 차별구제청구를 할 수 있는지 문제된다.

## ○ 국가를 상대로 하는 차별구제청구소송의 제문제

: 국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송의 경우, 이러한 소송이 행정소송법상의 당사자소송 또는 강학상 의무이행소송에 해당하는지 문제된다. 또한, 국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송에서 피고를 어떻게 특정하여야 하는지도 쟁점이 된다.

18) 장애인차별금지법 제48조 제2항, 제38조.

### 3. 차별구제청구소송의 청구취지와 주문

#### 3.1. 청구의 특징

##### ○ 요구되는 청구취지 특징의 정도

: 차별구제청구소송의 청구취지가 적어도 어느 정도 특징이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다. 관련해서, 청구의 이행가능성이나 집행가능성도 청구의 특징 정도에 있어서 고려요소가 될 수 있는지도 문제된다. 한편, 차별구제청구소송의 청구취지가 지나치게 좁게 특정될 경우에 발생할 수 있는 문제점에 대해서도 살펴본다.

#### 3.2. 다양한 차별시정 방법이 존재하는 경우의 청구취지

##### ○ 주위적·예비적 청구, 선택적 청구의 가부

: 차별을 시정할 수 있는 방법이 여러가지 존재하는 경우에 가능한 청구취지가 문제된다. 원고가 여러 차별시정 방법들을 병렬적으로 병합해서 청구할 수 있는지, 혹은 순서를 붙이거나 선택적으로 청구할 수 있는지 쟁점이 된다.

#### 3.3. 당사자주의와 법원의 소송지휘

##### ○ 청구 특징에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적절한 소송지휘 방법

: 청구의 특징에 있어서는 법원의 적절한 소송지휘가 필요할 수 있는데, 이러한 법원의 소송지휘와 민사소송법상 당사자주의의 관계가 쟁점이 된다. 구체적으로는 (i) 청구취지의 특징을 위한 소송지휘, (ii) 가능한 일부인용판결의 범위, (iii) 청구취지 특징을 위한 법원의 적절한 석명권 행사방법이 문제된다.

#### 3.4. 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

##### ○ 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

: 이미 종료된 차별행위, 장래에 발생할 것으로 예상되는 차별행위나 반복적 차별행위에 대해서, 어떤 청구취지와 주문을 통해서 구제받을 수 있는지 문제된다.

#### 3.5. 일정한 기간 내에 차별시정을 명하는 주문의 가부

##### ○ 일정한 기간 내에 차별시정을 명하는 주문의 가부

: 법원이 차별구제판결의 주문에서 '상당한 이행기간을 정하여' 피고에게 차별을 시정하도록 하는 판결을 내리는 것이 가능한지 문제된다.

### 4. 차별구제청구소송에서의 법원의 재량과 실체적 요건의 판단기준

#### 4.1. 차별구제청구소송과 법원의 재량

##### ○ 재량권의 존부 및 그 법적 근거

: 차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 관한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지 문제된다.

##### ○ 재량의 구체적인 의미

: 차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제조치에 관한 재량이 인정된다면, 재량의 구체적인 의미, 재량의 범위와 내용이 문제된다.

#### 4.2. 차별구제청구의 실체적 요건

##### ○ 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

: 법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

#### 4.3. 차별구제청구소송의 판단기준시

##### ○ 소송계속 중 차별행위가 중지된 경우

: 소송 진행 중에 피고가 차별적 행위를 중지하는 등 원고가 청구하는 조치를 취하는 경우, 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다.

##### ○ 소송계속 중 피고가 차별시정을 약속하거나, 차별시정 계획을 수립한 경우

: 소송 진행 중에 피고가 차별시정을 약속하거나 차별시정에 관한 계획을 수립한 경우, 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다. 특히 이러한 사정만으로 권리보호이익이 소멸하였다고 볼 수 있는지, ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’을 부정할 수 있는지 문제된다.

##### ○ 소송계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생한 경우

: 소송계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생하는 경우가 있다. 보험가입 거부에 대해 차별구제를 청구한 사건에서 소송계속 중 원고가 가입하려고 했던 보험상품의 판매가 중단된 경우가 그 대표적인 예이다. 이러한 경우 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다.

#### 5. 차별구제조치에 관한 조정 및 화해

##### 5.1. 조정 및 화해에 관한 제문제

##### ○ 조정 및 화해에 관한 제문제

: 차별구제청구소송에서는 조정절차가 적극적으로 활용되고 있으며, 조정이나 화해로 종결되는 사건이 적지 않다. 실무상 이루어지고 있는 조정·화해 절차의 의미와 한계를 살펴본다.

#### 6. 차별구제조치판결의 효력과 집행

##### 6.1. 판결의 효력 범위

##### ○ 판결의 주관적, 시적 효력범위

: 차별구제판결의 효력과 관련해서, 그 주관적 범위와 시적 범위가 문제된다. 주관적 범위와 관련하여서는 차별구제판결의 효력이 소송의 당사자가 아닌 자에게도 미치는지가 문제되고, 시적 범위와 관련하여서는 사실심 변론종결 이후에 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생한 경우의 문제가 쟁점이 된다.

##### 6.2. 판결등의 집행

##### ○ 간접강제를 통한 차별구제판결의 집행

: 간접강제를 통해 차별구제판결의 집행하는 것과 관련해서, 간접강제의 절차와 요건이 문제된다.

## 제3장 장애인차별금지법상 차별구제청구소송 사례 분석

### 제1절 서설

이번 장에서는 장애인차별금지법상 차별구제청구소송 사례를 분석한다. 분석 대상인 소송사례는 법원 홈페이지를 통한 판결문 검색, 인터뷰 대상 전문가들의 협조, 기사 검색 등을 통해서 판결문, 결정문 등을 확보하였다. 각급 법원 홈페이지에서 제공하는 판결 중 ‘장애인차별금지법’, ‘장애인차별’, ‘차별구제’, ‘구제청구’, ‘차별행위증지’ 등의 키워드를 검색하는 방법으로 1차적으로 판결문을 수집하고, 전문가들의 협조 및 기사 검색으로 빠진 판결문을 보완하였다. 수합한 판결문 중 차별구제가 아닌 손해배상만 다룬 사건은 제외하였다.<sup>19)</sup> 또한 전문가들의 협조로 검색이 어려운 조정이나 화해결정문도 일부 확보할 수 있었다.

분석의 대상으로 삼은 사건은 28개 사건으로, 제1~3심의 판결문 및 결정문을 모두 수합한 결과 그 수는 총 40개였다. 그 중 원고의 청구가 인용된 판결은 8건(일부 인용 포함), 화해나 조정으로 마무리 된 건은 6건이다. 분석 대상 사건 중 절반의 사건에서 원고의 청구가 일부나마 인용된 것으로 보이지만, 실제로 원고의 차별구제청구가 모두 받아들여진 것은 단 4건(확정된 것은 3건)에 불과했다[대학 교직원 보직 배제 1차 사건(#2), 광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구(#6), 지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19), 시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)].

이번 연구가 장애인차별금지법 제48조를 대상으로 하는 것인 만큼, 청구취지와 주문과 관련된 쟁점을 중심으로 판결문, 결정문을 분석하였다. 따라서 차별행위인지 여부, 과도한 부담인지 여부 등은 이번 연구에서는 분석 대상으로 삼지 않았다. 이번 연구에서 추출한 쟁점별 분석은 제5장에서 다루기로 하고, 이번 장에서는 장애인차별금지법 제2장에서 구분하고 있는 영역별로 사건을 나누어 분석하였다.

19) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2015가합519728 사건의 경우 사건명은 “장애인차별행위증지이행청구”이지만 청구취지 변경을 거쳐 손해배상만 청구하여 전부 인용되었다.

## 제2절 | 사례 분석

### I 노동

#### 1. 시청 공무원 승진 배제 사건 (#1)

##### 가. 사실관계

원고는 호흡기 장애가 있는 시청 공무원이다. 장애인이라는 점을 고려하지 않은 능력 위주의 인사사고와 평점 때문에 6급으로 승진하지 못하고 있다. 이에 원고는 승진 배제가 장애인 차별이라며 피고가 6급 승진 임용 처리를 이행할 것과 원고 장애에 따른 편의시설을 갖추 것을 차별구제조치로 청구하였다.

##### 나. 사건개요

사건번호	2013구단11332
원고	호흡기 장애가 있는 시청 공무원 A
피고	안산시장
법원	수원지방법원
소제기일	2013. 8. 19.
판결선고일	2013. 11. 29. (확정)
대리인 유무	없음
청구취지 <sup>20)</sup>	[주위적 청구취지] ① 피고는 원고에 대하여 6급 승진임용 처리를 즉시 이행하라. ② 피고는 원고가 코 장애후유증 질병현상이 발생하지 않도록 구 건물에 온수 난방시설 등 근무시에 코 장애 질병이 없도록 즉시 장애방지 편의시설을 한 후 원고를 재배치하라. [예비적 청구취지] 피고가 원고에 대하여 한 ① 2012. 2. 2. 정당한 편의시설 요구에 관한 고충심사청구 기각처분과 ② 2013. 1. 28. 승진차별에 관한 고충심사청구 기각처분을 모두 취소한다.
결과	소 각하
주문	이 사건 소를 모두 각하한다. <sup>21)</sup>

20) 청구취지는 판결문에 기재된 대로 작성하였다. 이하 같다.

21) 소송비용 부담과 가집행에 관한 주문 부분은 생략하였다. 이하 같다.

#### 다. 쟁점 및 합의 : 국가를 상대로 하는 차별구제청구소송의 제문제

이 사건 소송은 장애가 있는 시청 공무원이 시장을 상대로 ‘승진임용처리’를 내용으로 한 차별구제조치를 청구한 소송이다. 원고가 시장을 피고로 하여 차별구제를 구하였는데, 이처럼 국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송의 경우, 이러한 소송이 행정소송법상의 당사자소송 또는 강학상 의무이행소송에 해당하는지 문제된다.

원고가 대리인 없이 직접 소송을 수행하여, 소의 적법성을 다투지는 못하였던 것으로 추정된다. 재판부는 원고의 청구가 행정법원 관할임을 전제로, 행정소송법상 의무이행소송이 허용되지 않으므로 주위적 청구 부분의 소가 부적법하고, 고충심사청구 기각처분은 취소소송의 대상인 행정처분이 아니므로 예비적 청구 부분의 소가 부적법하다며 소를 각하하였다.

## 2. 대학 교직원 보직 배제 1차 사건 (#2)

### 가. 사실관계

원고는 대학에서 직원으로 근무하다 사고로 지체장애가 생긴 사람이다. 원고는 장애를 이유로 해고되었다가 부당해고 인정을 받고 복직하였다. 피고는 원고가 4급으로 유일한 보직 대상자였음에도 보직을 부여하지 않고 5급 직원 지휘를 받게 하였다. 이에 원고는 피고에게 보직 심사 대상자에 원고를 포함하라는 내용의 차별구제조치와 손해배상을 청구하였다.

### 나. 사건개요

사건번호	2013가합2599
원고	지체장애가 있는 대학 교직원 A
피고	학교법인 甲
법원	전주지방법원 군산지원 제1민사부
소제기일	2013. 12. 27.
판결선고일	2014. 7. 3. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 원고에게 30,000,000원 및 이에 대한 소장 송달일 다음 날부터 갚는 날까지 연 20%의 돈을 지급하라. 2. 피고는 원고를 법인정관에 규정된 4급 이상의 자격을 요하는 직책의 후임자 심사 대상에 포함하라.

결과	일부 인용 (차별구제조치 인용, 위자료 일부 금액 기각)
주문	1. 피고는 원고에게 19,900,000원 및 이에 대한 2014. 1. 11.부터 2014. 7. 3.까지 연 5%의, 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 돈을 지급하라. 2. 피고는 원고를 법인정관에 규정된 4급 이상의 자격을 요하는 직책의 후임자 심사 대상에 포함하라. 3. 나머지 청구를 기각한다.

다. 쟁점 및 합의 : 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

원고는 보직 심사 대상자에 원고를 포함하라는 차별구제조치를 청구하였다. 법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

재판부는 다음과 같이 판단하였다. “원고가 현재 4급 자격을 유지하고 있어 새로이 자격을 부여하거나 높여달라는 요구가 아니고, 후임자가 발생할 경우 심사 대상에 포함하는 것이어서 선의의 피해자가 발생할 가능성도 없으므로, 적절한 조치로 보여 이를 받아들인다”

### 3. 대학 교직원 보직 배제 2차 사건 (#3)

#### 가. 사실관계

피고는 1차 판결 ‘대학 교직원 보직 배제 1차 사건(#2)’에도 불구하고 보직 심사대상에 원고를 포함시키지 않았다. 이에 원고가 보직을 부여하라는 내용의 구제청구와 손해배상청구를 하였다. 법원에서 위자료청구만 인용되고 ‘직책을 부여하’라는 내용의 구제청구는 기각되었으나, 이 사건 이후로 원고는 승진되었다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2015가합11078
원고	A
피고	학교법인 甲
법원	전주지방법원 군산지원
소제기일	2015. 6. 9.

판결선고일	2015. 11. 19. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	피고는 원고에게, 1) 피고 정관에 규정된 4급 이상의 자격을 요하는 직책을 부여하고, 2) 2014. 7. 4. 부터 위 직책 부여시까지 월 300만 원의 돈을 지급하며, 3) 31,200,000 원 및 지연손해금을 지급하라.
결과	일부 인용 (구제청구는 모두 기각, 위자료만 인정)
주문	1. 피고는 원고에게 14,200,000원 및 이에 대하여 2015. 6. 16.부터 2015. 11. 19.까지 연 5%, 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 돈을 지급하라. 2. 나머지 청구를 기각한다.

#### 다. 쟁점 및 합의

##### (1) ‘이행의 소’로서의 차별구제청구소송

피고가 ‘직책을 부여하라’는 내용의 구제청구가 형성의 소로서 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 허용되는데, 근거 규정이 없어 부적법하다는 항변을 하였다. 차별구제청구소송이 이행의 소에 해당하는지, 형성의 소에 해당하는지 문제된다. 이행의 소로 본다면, 차별구제청구소송은 차별구제청구권의 존부 및 내용을 확정하고 원고에게 이에 관한 집행권원을 부여하게 된다. 형성의 소로 본다면, 법원의 차별구제판결 자체로 어떤 법률관계를 형성하는 효과가 발생하게 된다.

법원은 “이 부분 소는 판결로서 곧바로 원고에게 피고 정관에 규정된 4급 이상의 자격을 요하는 직책이 부여되는 형성의 소가 아니라, 피고로 하여금 해당 직책을 부여하도록 하는 이행의 소”라며 피고의 항변을 배척하였다. 이로써 법원은 차별구제청구가 이행의 소임을 분명히 하였다.

##### (2) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

원고는 4급 이상의 자격을 요하는 직책을 부여하라는 내용의 차별구제조치를 청구하였다. 법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

법원은 ‘곧바로 4급 이상의 자격을 요하는 직책을 부여하도록 하는 것’은 ① 피고의 보직 심사 권한을 부당하게 박탈하는 조치인 점, ② 절차적 평등을 보장하거나 균등한 기회를 제공하는 수준을 넘어 장애인차별금지법이 예정한 적극적 조치의 하나라고 보기 어려운 점, ③ 손해배상청구나

직무대행자 선임 절차 하자에 관한 쟁송 등을 통해 구제 또는 손해의 전보를 받을 수 있는 점 등을 고려할 때, 적절한 조치로 볼 수 없다며 원고의 청구를 받아들이지 않았다.

재판부가 장애인차별금지법의 해석을 통해 차별구제조치가 가능한 범위를 정하고, 다른 방식으로 손해를 전보받을 가능성이 있다면 차별구제조치가 필요하지 않다고 판단한 것이다.

## II 이동권

### 1. 종로3가역 승강기 설치 청구 사건 (#4)

#### 가. 사실관계

원고는 휠체어를 이용하는 지체장애인으로, 지하철 종로3가역에 승강기가 설치되어 있지 않거나 부실하게 설치되어 있어서 환승하거나 출입할 수 없거나 그 과정에 어려움과 고통을 겪었다. 이에 위 역을 운영하는 피고를 상대로 지하철 종로3가역 환승 통로 및 출입구에 장애인용 승강기를 설치하고, 원고에게 위 역에 승강기가 설치되어 있지 않기 때문에 그동안 원고가 입은 정신적 고통에 대한 위자료 및 장애인차별금지법에 따른 간접강제금을 지급할 것을 청구하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2012가합106831
원고	휠체어 이용 지체장애인 A
피고	서울메트로
법원	서울고등법원 제23민사부
소제기일	2012. 12. 21.
조정성립일	2014. 7. 25. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 지하철 1, 3호선 종로3가역의 별표 기재 각 환승구간과 8번, 12번 각 출입구에 장애인용 승강기를 설치하라. 2. 피고는 2014. 12. 31.까지 위 장애인용 승강기 설치를 완료하지 아니할 경우 그 다음 날부터 원고에게 하루에 20만 원의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 3. 피고는 원고에게 500만 원과 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

결과	강제조정 성립
결정사항	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 2014. 7. 31.까지 지하철 종로3가역 12번 출입구에 장애인용 승강기를 설치한다.</li> <li>2. 피고는 2016. 12. 31.까지 지하철 종로3가역 8번 출입구에 장애인용 승강기를 설치하도록 노력하고, 그 추진계획을 이 결정 확정일부부터 위 공사 완료(개통) 시까지 2달에 1회 원고에게 정식문서로 제공한다.</li> <li>3. 피고는 지하철 종로3가역 1, 3호선의 환승 통로에 설치할 특수형 승강기를 연구 개발하여 그 개발이 완료되면 위 환승 통로에 최우선적으로 위 특수형 승강기를 설치하고, 이 결정 확정일부부터 위 특수형 승강기의 설치 완료 시까지 2달에 1회 원고에게 위 특수형 승강기의 연구 개발 및 경과를 정식문서로 제공한다.</li> <li>4. 피고와 조정참가인은 피고의 인터넷 홈페이지(<a href="http://www.seoulmetro.co.kr">www.seoulmetro.co.kr</a>)에 위 제1 내지 3항 기재 승강기와 관련된 게시판을 신설하고, 위 게시판에 수시로 그와 관련된 설치계획 및 원고를 비롯한 일반인의 의견을 수렴할 수 있도록 한다.</li> <li>5. 원고는 나머지 청구를 포기한다.</li> </ol>

#### 다. 쟁점 및 합의

##### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

차별구제청구가 인용되기 위해서 ‘원고’와 관련해서 어떤 요건이 요구되는지 문제된다. 구체적으로는 원고가 과거에 차별행위로 인한 피해를 겪었을 것이 요구되는지 문제 될 수 있다. 이 사건의 경우 해당 역에서 지하철을 한 번도 타보지 않은 당사자가 원고가 될 수 있는지 문제 될 수 있지만, 실제 재판 과정에서 이 쟁점이 문제되지 않았다.

##### (2) 요구되는 청구취지 특성의 정도

차별구제청구소송의 청구취지가 적어도 어느 정도 특정이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다. 관련해서, 청구의 이행가능성이나 집행가능성도 청구의 특정 정도에 있어서 고려요소가 될 수 있는지도 문제된다.

이 사건에서는 승강기를 어디에 어떻게 설치를 해야 하는지 특정의 문제가 있었다. 이 부분은 원고가 특정할 수 없고, 피고의 사정에 따라 바뀔 수밖에 없는데 특정이 어떻게 가능할지가 소송과정에서 문제되었다. 이에 피고가 생각할 수 있는 내용들을 조정에 넣어서 조정이 이루어졌다.

조정 내용은 특수한 승강기 설치에 대한 용역을 진행하고, 설치하도록 노력을 한다는 것이었다. 따라서 법적인 의무가 바로 도출되는 상황은 아니었다. 피고가 어느 정도의 노력을 기울였다면,

이를 가지고 집행단계에서 문제 삼기는 쉽지 않은 상황이었다.

청구의 특정성과 관련해서 집행가능성을 전혀 고려하지 않을 수는 없겠지만, 청구를 인용할지 여부와 집행의 영역에서는 어떻게 해야 하는지는 구별해서 보아야 한다. 상대방이 이행해야 하는 의무를 명확히 인지할 수 있다면, 집행 단계에서 충분히 검토해 볼 수 있다. 이 사건의 소송대리인 윤정노는 청구의 특정성의 문제도 “방법”보다는 어떻게 이행해야 하는지를 인식할 수 있는지가 주요한 것이라고 지적하였다.<sup>22)</sup>

‘리프트를 설치하라’, ‘리프트 등을 설치하라’와 같이 1~3개 정도의 예시를 들고 ‘등’을 붙이는 정도로 충분하고, 이마저 어려우면 피고에게 대안을 내라고 하여야 한다. 원고로서는 인용될 수 있을 정도로 특정하도록 법원에 요구해야 한다는 의견이 있다.<sup>23)</sup>

### (3) 간접강제를 통한 차별구제판결의 집행

이 사건은 조정 내용에 진행 상황을 공유한다는 것도 포함되었다. 실제로 진행 상황이 공유되지 않았다면 이 부분은 집행법원에서 간접강제를 생각해볼 수 있을 것이다.<sup>24)</sup>

## 2. 신길역 등 승강기 설치 청구 사건 사건 (#5)

### 가. 사실관계

원고는 영등포구청역, 충무로역, 신길역, 디지털미디어시티역, 구산역을 이용하는 휠체어를 이용하는 장애인들로, 환승구간을 포함한 역사 내에 리프트만 설치되어 있고 엘리베이터가 없는 구간이 있어서 리프트를 이용하지 않고는 지하철을 탈 수 없는 상황이었다. 이에 지하철 역사를 운영, 관리하는 피고를 상대로 엘리베이터 설치를 요구하는 소송을 제기하였다.

22) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

23) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

24) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

## 나. 사건개요

## (1) 제1심

사건번호	2018가합105669
원고	휠체어 이용 장애인 5인
피고	서울교통공사
법원	서울남부지방법원 제13민사부
소제기일	2018. 5. 21.
판결선고일	2019. 6. 14.
대리인 유무	있음
청구취지 <sup>25)</sup>	피고는 서울지하철 2, 5호선 영등포구청역사, 서울지하철 3, 4호선 충무로역사, 서울지하철 1, 5호선 신길역사, 서울지하철 6호선 디지털미디어시티역사 및 구산역사 내의 별지1 ‘엘리베이터 설치를 구하는 구간’ 기재 각 구간에 별지2 ‘엘리베이터의 구조·재질에 대한 세부 기준’ 기재 기준에 의한 장애인용 승강기를 각 설치하라.
결과	전부 기각
주문	원고들의 청구를 모두 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2019나2029929
원고	휠체어 이용 장애인 5인
피고	서울교통공사
법원	서울고등법원 제37민사부
항소제기일	2019. 7. 11.
판결선고일	2020. 6. 10. (확정)
대리인 유무	있음
항소취지	가. 피고는 원고들에게, [별지1] 기재 위치에 [별지2] 기재 기준에 따른 엘리베이터를 설치하거나, [별지3] 기재 위치에 [별지4] 기재 기준에 따른 통로를 설치하라. 나. 피고는 원고들에게 [별지5] 기재 위치에 [별지6] 기재 기준에 따른 엘리베이터를 설치하라. 다. 피고는 서울 마포구 상암동 1156-1 철도용지 1,421㎡ 및 같은 동 1151-1 철도용지 중 [별지7] 도면 표시 ‘가’부분 토지 지하에 통로 및 엘리베이터 설치에 관하여 철도

25) 소 제기 당시의 청구취지는 아래와 같았다.

1. 피고는 지하철 2, 5호선 영등포구청역사내 환승통로, 지하철 3, 4호선 충무로역사내 환승구간, 지하철 1, 5호선 신길역사내 환승구간, 지하철 6호선 디지털미디어시티역사내 이동구간, 지하철 6호선 구산역사내 이동구간에 원고들이 이용할 수 있는 장애인용 승강기를 각 설치하라.

	사업법 제42조 또는 철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률 제23조의 2, 도로법 제61조에 따른 점용허가를 받으면 원고들에게 [별지8] 기재 위치에 [별지4] 기재 기준에 따른 통로 및 [별지6] 기재 기준에 따른 엘리베이터를 각 설치하라. 라. 피고는 원고들에게 [별지9] 기재 위치에 [별지6] 기재 기준에 따른 엘리베이터를 설치하라.
결과	전부 기각
주문	원고들의 청구를 모두 기각한다.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 차별구제청구권이 개별·구체적인 권리인지

차별구제청구권이 사법(私法)상의 구체적인 이행청구권에 해당하는지 문제된다. 이는 차별의 시정을 구하는 장애인의 권리와 이에 대응되는 차별시정의무가 개별적, 구체적인 권리·의무인지, 아니면 일반적·추상적인 권리·의무인지의 문제이다.

제1심에서는 원고들에게 독자적인 사법상 청구권으로서 ‘차별구제청구권’이 인정되는지 여부가 문제되었다.

법원은 “관계 법령을 종합하여 보면, 교통사업자인 피고는 도시철도 역사에서 장애인인 원고들이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 할 의무가 있다.”고 하면서도, 이 사건에서 “원고들의 주장과 같이 장애인차별금지법만으로 피고가 반드시 특정 지점에 일정한 규격을 갖춘 승강기를 설치할 의무가 있거나 원고들에게 그 의무이행을 구할 사법상 권리가 있다고는 할 수 없다.”고 판시하였다.

그리고 법원은 “적극적 조치 명령 판결에 있어서 이를 청구한 피해자에게 반드시 그에 관한 사법상의 구체적인 이행청구권이 있어야 한다고는 할 수 없다. 왜냐하면, 피해자에게 이미 구체적인 이행청구권이 존재하는 경우라면, 장애인차별금지법 규정과 관계 없이 법원은 민사소송법에 따라 그 이행청구권의 존재를 확인하고 그에 따라 이행판결을 하여야 하므로 위 장애인차별금지법 규정은 불필요한 입법에 불과한 것이 되기 때문이다.”라고 판시하였다.

이에 대해서는 장애인에게는 장애인차별금지법에 따라 정당한 편의제공을 요구할 수 있는 권리가 있고, 그 ‘권리’구제 수단으로서 법원의 차별구제조치 판결, 국가인권위원회의 진정, 법무부장

관의 시정명령 등을 마련하고 있는 제도의 취지와 맞지 않다는 비판이 가능하다.

## (2) ‘소송’으로서의 차별구제청구소송

제1심 법원은 “이행청구권이 없는 경우에 피해자가 위 법률에 따라 제기한 적극적 조치 명령 청구 사건은 법주체간의 권리×의무에 관한 분쟁 사건이 아니라, 비송사건으로 이해함이 옳다”고 판시하였다.

장애인차별금지법에 따른 차별구제청구소송은 전형적인 소송이고, 비송이라고 볼 수 없다. 장애인차별금지법 제48조 제1항은 임시조치의 신청 시기를 ‘차별행위에 관한 소송제기 전 또는 소송제기 중’으로 규정함으로써, 차별구제조치에 관한 재판이 ‘소송’임을 전제로 하고 있다.

다만 이에 관하여, 시정을 위한 적극적 조치 판결이라는 점에서 합목적적인 판단이 들어갈 수밖에 없기 때문에 재량이 넓게 인정된다고 보고, 하는 채무의 성질상 개방성이 불가피하다는 점을 염두에 두어야 한다는 지적이 있다.<sup>26)</sup>

## (3) 원고와 청구내용의 관련성 정도

이 사건의 원고들은 이 사건 각 역사를 집이나 사무실 등을 오갈 때 이용하고 있다고 관련성을 주장하였다. 이 부분은 제1, 2심 모두 특별히 피고가 다투지는 않았고, 법원 역시 석명을 요구하지 않았다.

이와 관련하여 지하철을 한 번도 타보지 않은 당사자가 원고가 될 수 있는지 문제 될 수 있다. 우리나라 장애인차별금지법은 단체소송이 도입되어 있지 않다. 따라서 원고적격의 문제를 고려하여 최대한 관련성이 인정된 상태에서 소송을 제기해야 할 것이다.<sup>27)</sup> 대체로 우리나라는 차별이 명백한 경우에도 실제 차별을 경험하였거나 경험하고 있는 사람을 원고로 한다. 이 사건의 경우에도 원고들은 이 사건 각 역사를 이용하는 사람들로 구성하였고, 항공사 홈페이지 웹 접근성에 관한 소송에서는 해당 웹 사이트에 실제 접근을 시도한 사람을 원고로 정하였다. 다만, 최근 시각장애인의 온라인 쇼핑몰 접근성에 관한 소송에서는 해당 쇼핑몰을 한 번도 이용하지 않은 시각장애인도 원고가 될 수 있음을 전제로 위자료액수가 정해지기도 하였다.

26) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

27) 염형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

## (4) 소송계속 중 피고가 차별시정을 약속하거나, 차별시정 계획을 수립한 경우

피고는 제1심에서 이미 이 사건 각 역사에 원고들이 구하는 바와 같은 승강기 설치계획을 수립하여 그 시행을 위한 구체적인 절차를 진행하고 있으므로 원고들의 청구는 이미 목적을 달성하여 권리보호이익이 없다고 주장하였다.

이에 대해 제1심 법원은 “피고의 주장과 같이 피고가 원고들이 구하는 바와 같은 승강기 설치계획을 수립하고 그 계획 수행을 위한 절차를 진행하고 있다고 하더라도, 승강기 설치가 완료되지 아니한 이상 그 승강기 설치 여부는 여전히 피고의 계획 단계에 머물러 있을 뿐, 원고들의 청구가 이미 목적을 달성하였다거나, 권리보호이익이 소멸하였다고 할 수 없다. 피고의 본안 전 항변은 이유 없다.”고 판시하였다.

대여금 소송에서 피고가 돈을 갚을 것이라고 주장한다고 소의 이익이 부정되지는 않는 것처럼, 앞으로의 이행계획 등으로 소의 이익이 부정되는 것은 바람직하지 않다는 지적이 있다.<sup>28)</sup> 소 제기 이후에 청구내용을 구체적으로 임의로 이행하는 경우에는 화해나 조정으로 종결되는 경우는 있다.<sup>29)</sup>

한편, 특정한 상태의 개선을 청구를 하는 경우 즉, 이 사건처럼 지하철역사에 승강기가 설치되지 않아서 소송을 제기하였는데, 설치가 되는 경우 소의 이익이 부정될 수 있다.<sup>30)</sup>

신길역의 경우 항소 제기 이후 승강기 설치 공사가 완료되었다. 이에 원고들은 신길역에 관한 청구를 철회하였다.

28) 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절).

29) ① 지역농협에서 시각장애인에게 자필서명 불가를 이유로 대출을 거부한 사건에서는 소를 제기하면서 구제조치로 장애인고객에 대한 매뉴얼을 만들고 교육하라는 것을 청구했다. 소송과정 중에서 농협에서 매뉴얼을 만들었고 매뉴얼을 내부 인트라넷에 올려냈다. 이에 원고는 구제조치를 취하하고, 손해배상액을 적당한 수준에서 화해하는 방식으로 해서 화해로 종결하였다.

② 뇌병변 장애인에게 여행사에서 에어텔 상품을 판매 거부한 사건에서는 매뉴얼을 만들라는 구제조치를 청구했는데, 피고가 조정과정 중 매뉴얼을 만들고 원고가 용인할 수 있는 수준까지 수정을 하였으며 이 매뉴얼대로 교육한다는 내용에 대해서 의사가 합치하여, 일부 손해배상을 하는 것으로 조정이 성립하였다.

30) 대법원은 “소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 그 소유권이전등기가 다른 사유에 기하여 이미 말소된 경우에는 더 이상 말소를 구할 법률상 이익이 없다”고 하여 소를 각하하였다(대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결).

### (5) 요구되는 청구취지 특정의 정도

차별구제청구소송의 청구취지가 적어도 어느 정도 특정이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다. 관련해서, 청구의 이행가능성이나 집행가능성도 청구의 특정 정도에 있어서 고려요소가 될 수 있는지도 문제된다. 한편, 차별구제청구소송의 청구취지가 지나치게 좁게 특정될 경우에도 문제점이 있다.

제1심 법원은 “원고들이 승강기 설치를 구하며 별지2 ‘엘리베이터의 구조×재질에 대한 세부기준’ 기재와 같이 설치를 구하는 승강기를 규격을 특정하였으나, 이는 일응의 기준을 그대로 옮긴 것일 뿐 이 사건 각 역사의 구조, 이용현황 등 형편에 따라 특정된 것은 아니며, 위 규격과 같은 승강기의 설치만이 차별상태를 시정할 유일한 수단이라고 주장하는 것도 아님을 알 수 있다(원고들의 2019. 1. 16.자 준비서면 참조)”라고 판시하였다.

대안이 있는 상황에서, 매우 구체적인 청구를 하면 법원에서 심리가 이루어져야 할 것인지와 관련하여, 차별해소가 가능한 방안 여러 중 하나를 원고가 청구하였으면 이를 인용하여야 한다는 의견이 있다.<sup>31)</sup>

권창영은 “이동권 소송에서 ‘장애인이 버스나 지하철을 이용할 수 있게 하라’는 정도는 너무 막연하지만, ‘리프트를 설치하라’, ‘리프트 등을 설치하라’, 1~3개 정도의 예시를 들고 ‘등’을 붙여 청구한다면 그 청구는 적절하다고 볼 수 있다”는 의견을 제시하였고, 이마저 어려우면 피고가 대안을 내라고 하면 되지, 원고가 모든 것을 다 해야 하는 것은 아니고 인용될 수 있을 정도로 특정이 되도록 법원에 요청해야 한다는 의견을 제시하였다.<sup>32)</sup>

한편, 제1심은 “장애인차별금지법 제48조 제3항은 적극적 조치 명령 판결에 관하여 강제집행으로 실효성을 확보하도록 하고 있으므로 법원이 명하려는 적극적 조치가 이행가능성과 특정가능성을 모두 갖추어 유효한 강제집행이 가능한 것인지 여부도 물론 고려되어야 한다.”고 판시하였다.

31) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

32) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

#### (6) 주위적·예비적 청구, 선택적 청구의 가부

차별을 시정할 수 있는 방법이 여러가지 존재하는 경우에 가능한 청구취지가 문제된다. 원고가 여러 차별시정 방법들을 병렬적으로 병합해서 청구할 수 있는지, 혹은 순서를 붙이거나 선택적으로 청구할 수 있는지 쟁점이 된다.

이 사건에서 원고 측은 제2심 변론 과정에서 선택적 청구에 대한 검토를 하였다. 피고가 내부적으로 설계 용역을 하여 길을 뚫어 복도를 내는 것과 단차를 극복하는 승강기 설치가 가능하다는 결과가 나왔기 때문이다. 이처럼 차별을 시정할 수 있는 방법이 복수로 존재한다는 점을 고려하여, 원고 측은 위 두 방법 중 하나로 접근보장을 하도록 요구하는 내용으로 청구취지를 변경하였다.

이처럼 차별행위에 대한 차별구제조치로서 ‘피고는 원고에게 A 조치 또는 B 조치를 취하라’는 내용의 청구취지는 불가능하지는 않을 것으로 보인다.<sup>33)</sup> 이 사건의 피고 측이나 재판부도 이러한 청구의 적법성을 문제 삼지 않았다.

#### (7) 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적정한 소송지휘 방법

제1심 법원은 “피고와 서울특별시장은 원고들을 비롯한 장애인에 대한 차별시정을 위하여 진지한 노력을 다하고 있어 그 임의이행을 기대할 수 있다고 보아야 할 것이고, 원고들에게 기존 건물 구조에 대한 검토, 역사 전반의 이용 형태에 관한 재조정, 설치 가능한 승강기의 형태와 규격 등을 종합적으로 검토할 자료를 제출하라고 하여 법원이 이를 심리하기보다는 그 차별상태의 개선을 일차적으로 피고와 서울특별시에 맡기는 것이 원고들에게도 이로움은 물론 공익에도 더 적합할 것으로 보인다(다만, 피고와 서울특별시장이 위와 같이 1억 1동선 확보 원칙을 공표하고도 그 실행을 위한 조치를 부당히 지연하거나, 장애인들에게 정당한 편의 제공을 할 수 있을 수준에 미흡한 정도의 개선에 그친다면, 달리 판단할 여지가 있다)”고 판시하였다.

#### (8) 재량권의 존부와 그 법적 근거, 재량의 구체적인 의미

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 관한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지 재량이 인정된다면, 재량의 구체적인 의미, 재량의 범위와 내용이 문제된다.

33) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

제1심 법원은 “장애인차별금지법 제48조 제2항은 “법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 법원은 장애인에 대한 차별이 존재하는 경우 피해자의 청구에 따라 그 시정을 위한 적극적 조치를 명하는 판결을 할 수 있는 재량이 있다.”고 판시하였다.

제2심 법원은 “제48조 제2항은 차별적 행위에 대하여 법원으로 하여금 피해자의 청구가 있으면 법원의 판단하에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고만 정하였고, 달리 적극적 조치의 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 아니하는바, 이러한 문언의 해석상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 피해자의 청구에 구속됨 없이 차별구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.

차별이라면 적극적인 조치를 명해야 하지만 피고에 따라 명하는 정도가 다를 수 있다. 법원 입장에서 대한민국에 대한 차별구제소송의 경우 대한민국의 특정 조치가 차별이라는 판단을 받으면 대한민국이 어느 정도 알아서 시정조치를 할 것이라고 생각할 수 있다. 이러한 경우에는 적극적인 조치까지 나아가지 않고, 차별이라는 확인이나 차별을 중지하라는 정도만 명할 수도 있다. 아주 구체적인 시정조치까지 나아가지 않을 수 있는 것이다.<sup>34)</sup>

한편, 차별은 인정되는데, 차별구제조치 판결 여부에 대한 재량의 여지가 있으니까 판결하지 않겠다는 것은 부적절하지 않다. 장애인차별금지법상 차별구제조치 판결에서는 재량에 따라 판결하지 않는 것이 가능하다고 생각하는 것 자체가 차별적이라는 지적이 있다.<sup>35)</sup> 불법을 받아들이는 재량은 인정하기 어렵다. 법원의 재량은 차별구제조치 여부가 아니라 차별구제조치의 내용에 있다고 보아야 한다. 이러한 입장에서 이 사건에서 상고를 하지 않은 것은 아쉽다는 지적도 있었다.<sup>36)</sup>

34) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

35) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

36) 염형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

## (9) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

제1심 법원은 “피해자의 적극적 조치 명령 청구가 있는 경우, 법원은 피해자의 주장과 같은 차별행위가 존재하는지 여부를 심리한 뒤, 차별행위가 존재하는 경우 이에 관한 시정을 명령할 필요성이 있는지 여부, 특정 사항의 이행 명령이 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, 특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지 등(비례원칙)에 따라 재량권을 행사한 뒤 적극적 조치 명령 판결을 할 것인지 여부를 정하면 된다.”고 판시하였다.

제2심 법원은 “법원의 적극적인 구제조치가 적절하고 필요한 방안인지에 관하여 보건대, 앞서 든 증거들 및 을 제34 내지 36호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고들이 구하고 있는 엘리베이터 및 통로 등이 설치되어 있지 않은 것이 곧바로 차별행위라고는 볼 수 없는 점, ② 교 사업자인 피고에게는 이동 편의시설을 설치함에 있어 이 사건 각 역사의 구체적 상황 등에 맞게 어떤 장소에 통로, 경사로, 승강기, 에스컬레이터, 계단 중 어떤 시설을 설치할 것인지 등에 관하여 폭넓은 재량이 있다고 보이는 점, ③ 원고들 스스로도 이 법원에 이르러 피고가 이 사건 각 지점에 관하여 엘리베이터 등의 설치장소 및 방법 등을 검토해 가는 과정에 맞추어 그 청구취지를 변경하고 있는 점, ④ 피고가 원고들에게 이 사건 각 지점과 관련한 정당한 편의를 제공하기 위하여는 예산의 확보, 사유지 매입 및 국유지의 점용 허가 등이 필요한 것으로 보이는데, 이러한 문제들은 관련 교통행정기관 등의 협력이 필요하여 피고의 의지만으로 쉽게 해결할 수 있다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 현재 이 사건 각 역사와 같이 환승구간 등에 승강기가 설치되지 않은 역사가 24개에 달하고, 피고 및 서울특별시가 이러한 역사들을 포함하여 지하철 전체 역사에 대한 이동 편의시설확충을 위한 종합적인 검토와 추진계획 등을 수립하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어보면, 이 사건에서 법원이 교통사업자인 피고에게 적극적인 구제조치를 명하는 것은 위와 같은 차별행위의 시정을 위한 적합한 방법에 해당한다고 보기 어렵다.”고 판시하였다.

### 3. 광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구 사건 (#6)

#### 가. 사실관계

원고는 휠체어를 사용하여 이동할 수 있는 지체 장애인이고, 피고는 서울 및 경기도에서 시내버스, 시외버스 등의 운송사업을 하는 회사로서 교통약자의 이동 편의 증진법(이하 ‘교통약자법’)에서 정한 교통사업자이다. 원고는 피고가 운행하는 2층 광역버스(이하 ‘이 사건 버스’)에 탑승하였는데, 피고가 휠체어 전용공간을 확보하지 않아 버스 내에서 방향전환을 하지 못하였고, 다른 승객들과 달리 버스 정면을 응시하지 못한 채 타게 되는 등 차별적 취급을 당하였다. 이에 원고는 피고에게 정신적 손해배상금 300만 원과 휠체어 전용공간 확보를 청구하게 되었다.

원고는 제1심에서 패소하였으나, 제2심에서는 승소하였고, 최근 대법원에서도 차별구제청구가 인용되었다.<sup>37)</sup> 이로써 이 사건은 대법원에서 차별구제청구가 인용된 첫 사례가 되었다.

#### 나. 사건개요

##### (1) 제1심

사건번호	2016가합6603
원고	휠체어를 사용하는 지체장애인 A
피고	운수회사인 甲 주식회사
법원	수원지방법원 안산지원 제1민사부
소제기일	2016. 5. 16.
판결선고일	2017. 4. 27.
대리인 유무	있음
청구취지	(1) 피고는 원고에게 3,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 돈을 지급하라. (2) 피고는 운행하는 버스 중 휠체어 승강 설비가 설치된 버스에 휠체어 사용자를 위한 전용공간을 길이 1.3m 이상, 폭 0.75m 이상 확보하라.
결과	전부 기각
주문	원고의 청구를 기각한다.

37) 대법원 2021. 4. 1. 선고 2018다203418 판결. 다만 대법원은 위자료 청구는 기각하였다.

## (2) 제2심

사건번호	2017나2024388
원고	휠체어를 사용하는 지체장애인 A
피고	운수회사인 甲 주식회사
법원	서울고등법원 제26민사부
항소일	2017. 5. 19.
판결선고일	2017. 12. 5.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 제1심판결을 취소한다. 2. 피고는 원고에게 3,000,000원과 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 금원을 지급하라. 3. 피고는 운행하는 버스 중 휠체어 승강 설비가 설치된 버스에 휠체어 사용자를 위한 전용공간을 길이 1.3m 이상, 폭 0.75m 이상 확보하라.
결과	일부 인용 (차별구제청구 인용, 위자료 일부 인정)
주문	제1심판결을 다음과 같이 변경한다. 가. 피고는 원고에게 300,000원 및 이에 대하여 2016. 5. 28.부터 2017. 12. 5.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라. 나. 피고는 운행하는 버스 중 휠체어 승강 설비가 설치된 버스에 휠체어 사용자를 위한 전용공간을 길이 1.3m 이상, 폭 0.75m 이상 확보하라. 다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

## 다. 쟁점 및 함의

## (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

차별구제청구가 인용되기 위해서 ‘원고’와 관련해서 어떤 요건이 요구되는지 문제된다. 구체적으로는 (i) 원고가 과거에 차별행위로 인한 피해를 겪었을 것이 요구되는지, (ii) 원고에게 청구내용과의 직접적인 관련성이 요구되는지, 추상적인 관련성으로 충분한지 등이 문제 되는데, 이 사건 원고는 지체 장애인으로서 차별행위의 직접 당사자였다. 원고는 버스를 이용하는 과정에서 차별을 당했다고 주장하며 차별구제와 손해배상을 청구하였고, 원고 적격에 대해서는 당사자 간 다툼이 없었던 것으로 보인다.

## (2) 소송계속 중 피고가 차별시정을 약속하거나, 차별시정 계획을 수립한 경우

피고는 이 사건 버스가 국내 최초로 도입된 2층 광역버스로서 사후적으로 전용공간이 부족하여 방향 전환이 어렵다는 점이 발견되어 ‘향후 도입되는 광역버스는 휠체어 사용자를 위한 공간을 확대하는 방향으로 설계·제작할 계획’이라 주장했다. 이처럼 소송 진행 중에 피고가 차별시정을 약속하거나 차별시정에 관한 계획을 수립한 경우, 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다. 특히 이러한 사정만으로 권리보호이익이 소멸하였다고 볼 수 있는지, ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’을 부정할 수 있는지 문제된다.

피고의 위와 같은 주장이 임의이행 가능성이 있어서 소의 이익이 없다는 취지의 주장은 아니었고, 법원도 소의 이익의 관점에서 판단하지는 않았다. 피고는 편의시설을 점진적·단계적으로 도입해나가는 과정에서 다소간의 불편함 내지 미비점이 있을 뿐 차별은 아니라고 주장하였으나, 법원은 이 사건 버스가 운행 중인 이상 차별적 상황이 계속 용인되는 결과에 이른다면 피고의 주장을 배척하였다.

## (3) 재량권의 존부 및 그 법적 근거

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 대한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지 문제된다.

장애인차별금지법 제48조 제2항의 해석과 관련하여 제2심 재판부는 “제48조 제2항은 차별적 행위에 대하여 법원으로 하여금 피해자의 청구가 있으면 법원의 판단하에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 정하였고, 달리 적극적 조치의 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 아니하는바, 이러한 문언의 해석상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 타당하다”고 판단하였다.

차별행위가 존재한다고 하더라도, 반드시 차별구제조치 명령이 있어야 하는 것이 아니고, 법원이 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 명령 여부와 그 내용 및 범위를 결정할 수 있다는 것이다.

#### (4) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

제2심 재판부는 이 사건에서 차별구제조치를 명할 필요성이 있다고 보았는데, 이를 판단하기 위하여 다음과 같은 요소를 고려하였다.

- ① 의무의 존재 : 교통사업자인 피고는 관련 법령에 따라 휠체어 사용자를 위한 전용공간을 확보할 의무가 있다.
- ② 적정성 : 휠체어 전용공간의 확보는 피고가 원고 등 장애인에게 제공하여야 하는 정당한 편의이다.
- ③ 필요성 : 휠체어 전용공간의 확보는 장애인이 비장애인과 동등하게 버스를 이용하는 데에 필요한 가장 기본적인 조치이다.
- ④ 계속성 : 피고가 휠체어 전용공간 확보를 시정하지 않는 한 장애인 차별행위가 계속될 가능성이 있다.
- ⑤ 비례성 : 버스 구조의 일부 변경이 피고에게 막대한 비용을 요한다거나 심각한 타격을 입힌다고 보기 어렵고, 상당한 비용이 소요된다 하더라도 피고의 위법행위를 용인할 만큼 중대한 사유라고 보기 어렵다. 한편, 피고는 최장 55일의 기간이 소요되어 수도권 광역 통행이 심각하게 저해된다고 주장하나, 그보다 더 짧은 시간에 절차를 마칠 수도 있고 시기를 적절히 조절하여 불편을 최소화할 수 있으며, 인권의 보장이라는 공익의 달성이 포기할 수 있는 성격으로 볼 수 없다.

#### (5) 기타

제1심에서는 피고 의무의 존재, 차별행위가 인정되지 않았으나, 제2심에서는 모두 인정되어 차별구제조치가 인용되었다. 이 사건은 원·피고간 치열한 공방이 있었는데, 제1심에서는 5차례, 제2심에서는 4차례의 변론기일이 열렸고, 제2심 재판부에서는 검증기일을 잡기도 하였다. 교통약자법 시행령상 ‘휠체어 승강 설비가 설치된 버스’의 의미를 두고 해석에 다툼이 있었으나, 제2심에서 원고의 주장대로 인용되었다.

#### 4. 교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건 (#7)

##### 가. 사실관계

원고 A는 휠체어를 이용하는 지체 장애인, 원고 B는 휠체어를 이용하는 뇌병변장애인, 원고 C는 팔꿈치와 무릎이 굽혀지지 않아 계단 등의 이용이 불편한 지체장애인, 원고 D는 영유아를 동반하고 유모차를 이용하는 자, 원고 E는 고령자이다. A, D는 고양시에, B, C는 서울시에, E는 수원시에 거주하고 있다. 피고 국토교통부장관, 서울특별시장, 경기도지사는 교통약자법에서 정한 교통행정기관에, 피고 甲 주식회사, 乙 주식회사는 교통약자법에서 정한 교통사업자이다.

원고들은 저상버스나 휠체어 설비가 된 버스가 없어서 시외버스를 타고 시외로 이동할 수 없었다. 이에 국토교통부 장관, 서울시장, 경기도지사에게 저상버스 도입계획 수립 및 휠체어 승강 설비 설치 시책을 마련할 것을, 버스회사에게 휠체어 승강 설비를 설치할 것을 청구하였다.

원고들의 여러 청구 중 운수회사인 甲, 乙 주식회사를 상대로 한 차별구제청구가 일부 인용되었고, 이 사건은 대법원에 계속 중이다.<sup>38)</sup>

##### 나. 사건개요

##### (1) 제1심

사건번호	2014가합11791
원고	1. 휠체어를 이용하는 지체장애인 A 2. 휠체어를 이용하는 뇌병변장애인 B 3. 계단 이용이 불편한 지체장애인 C 4. 영유아를 동반하여 유모차를 이용하는 D 5. 고령자 E
피고	1. 국토교통부장관 2. 대한민국 3. 서울특별시장 4. 서울특별시 5. 경기도지사 6. 경기도 7. 운수회사인 甲 주식회사 8. 운수회사인 乙 주식회사

38) 대법원 2019다217421호.

법원	서울중앙지방법원 제46부 민사부
소제기일	2014. 3. 4.
판결선고일	2015. 7. 10.
대리인 유무	있음
청구취지	<p>1. 원고 A, B, C가 이용할 수 있도록 「여객자동차 운수사업법」 상 ‘시외버스운송사업’과 ‘시내버스운송사업 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형’에 관하여,</p> <p>가. 피고 국토교통부장관은 「교통약자 이동 편의 증진법」에 따른 ‘교통약자 이동 편의 증진계획’에 저상버스 등 교통약자가 편리하고 안전하게 이용할 수 있는 구조를 가진 버스(이하 ‘저상버스’)를 도입하는 사항을 포함하고,</p> <p>나. 피고 서울특별시장 및 경기도지사는 「교통약자 이동 편의 증진법」에 따른 ‘지방교통약자 이동 편의 증진계획’에 저상버스 등을 도입하는 계획을 반영하며, 이에 따라 저상버스 등을 도입하고,</p> <p>다. 피고 국토교통부장관과 서울특별시장, 경기도지사는,</p> <p>(1) 휠체어 승강 설비가 설치될 수 있도록 시책을 추진하고,</p> <p>(2) 휠체어 승강 설비를 도입하는 해당 운송사업자에게 예산의 범위에서 재정지원을 하며,</p> <p>(3) 「교통약자 이동 편의 증진법」 제12조에 따른 기준 적합성 심사, 같은 법 제14조에 따른 우선적 면허부여 시 휠체어 승강 설비 설치 여부를 고려하라.</p> <p>2. 원고 A, B, C에게,</p> <p>가. 피고 甲 주식회사는 시외버스에 관하여,</p> <p>나. 피고 乙 주식회사는 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 관하여,</p> <p>원고 A, B, C가 위 각 유형의 버스를 이용 시 이용할 수 있도록 위 원고들에게 휠체어 승강 설비 등 승하차 편의를 제공하라.</p> <p>3. 원고 A, B, C가 이용할 수 있도록,</p> <p>가. 피고 甲 주식회사는 시외버스에,</p> <p>나. 피고 乙 주식회사는 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 저상버스 등을 도입하라.</p> <p>4. 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도, 甲 주식회사, 乙 주식회사는 각자 원고 D, E에게 각 5,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 비율에 의한 돈을 각 지급하라.</p>
결과	일부 인용 (지체장애인 원고 A, B, C의 버스회사에 대한 청구 중 휠체어 승강 설비 등 승하차 편의 제공만 인용, 나머지 청구는 모두 기각)
주문	<p>1. 원고 A, B, C에게,</p> <p>가. 피고 甲 주식회사는 시외버스에 관하여,</p> <p>나. 피고 乙 주식회사는 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 관하여,</p> <p>원고 A, B, C가 위 각 유형의 버스를 이용 시 이용할 수 있도록 위 원고들에게 휠체어 승강 설비 등 승하차 편의를 제공하라.</p> <p>2. 원고 A, B, C의 피고 국토교통부장관, 서울특별시장, 경기도지사에 대한 청구, 위 원고들의 피고 甲 주식회사, 乙 주식회사에 대한 나머지 청구, 원고 D, E의 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도, 甲 주식회사, 乙 주식회사에 대한 청구를 각 기각한다.</p>

## (2) 제2심

사건번호	2015나2041792
원고	1. 휠체어를 이용하는 지체장애인 A 2. 휠체어를 이용하는 뇌병변장애인 B 3. 계단 이용이 불편한 지체장애인 C 4. 영유아를 동반하여 유모차를 이용하는 D 5. 고령자 E
피고	1. 대한민국 2. 서울특별시 3. 경기도 4. 甲 주식회사 5. 乙 주식회사
법원	서울고등법원 제26민사부
항소일	2015. 8. 10.
판결선고일	2019. 1. 25.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 청구취지 <sup>39)</sup> 가. 원고 A 외 2인의 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도에 대한 청구 원고 A 외 2인이 이용할 수 있도록, 여객자동차 운수사업법(이하 ‘여객자동차법’) 상 시외버스운송사업(이하 ‘시외버스’)과 시내버스운송사업 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형(시내버스 중 2개 이상이 시도를 통과하는 노선을 운행하는 경우를 말한다. 이하 ‘시내버스 중 광역버스’)에 관하여, 1) 피고 대한민국은, 교통약자의 이동 편의 증진법(이하 ‘교통약자법’)에 따른 ‘교통약자 이동 편의 증진계획’에 교통약자가 편리하고 안전하게 이용할 수 있는 구조와 설비를 가진 저상버스(1층이 저상으로 되어 있어 교통약자의 승하차가 가능한 2층 저상버스 포함) 또는 휠체어 승강 설비를 설치한 버스(이하 ‘저상버스 등’)를 단계적으로 도입하는 사항을 포함하고, 2) 피고 서울특별시, 경기도는, 교통약자법에 따른 ‘지방교통약자 이동 편의 증진계획’ 또는 ‘지방교통약자 이동 편의 증진 지원계획’, ‘연차별 시행계획’에 저상버스 등을 단계적으로 도입하는 계획을 포함하고, 이에 따라 저상버스 등을 도입하며, 3) 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도는, 가) 교통약자를 승하차시킬 수 있는 휠체어 승강 설비가 위 각 유형의 버스에 단계적으로 설치될 수 있도록 시책을 추진하고, 나) 휠체어 승강 설비를 도입하는 교통사업자에게 예산의 범위에서 재정 지원을 하며,

39) 제1심과 달라진 내용은 다음과 같다. ① 원고 A, B, C는 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도에 대한 가항의 청구(구제조치 청구)를 추가하였고, ② 원고 A, B, C는 피고 갑, 을 주식회사에 대한 나항의 청구 일부를 변경(도입대상을 ‘저상버스 또는 휠체어 승강 설비 설치 버스’로 특정하고, 도입 방법을 ‘단계적으로’ 명시)하였고, ③ 원고 A, B, C는 피고들에 대한 다항의 청구(손해배상 청구)를 추가하였고, ④ 원고 D, E는 다항의 청구(손해배상 청구) 중 일부(지연손해금 부분)를 감축하였다.

	<p>다) 교통약자법에 따른 기준적합성 심사, 우선적 면허 부여시 휠체어 승강 설비 설치 여부를 고려하라.</p> <p>나. 원고 A 외 2인의 피고 甲, 乙 주식회사에 대한 청구</p> <p>원고 A 외 2인이 이용할 수 있도록,</p> <p>1) 피고 甲 주식회사는 시외버스에,</p> <p>2) 피고 乙 주식회사는 시내버스 중 광역버스에,</p> <p>각 승하차 편의로서 저상버스 등을 단계적으로 도입하라.</p> <p>다. 원고들의 피고들에 대한 청구</p> <p>피고들은 각자 원고들에게 각 500만 원 및 원고 A 외 2인에 대하여는 2016. 2. 29.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터, 원고 D 외 1인에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 각 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p>
결과	일부 인용 (지체장애인 원고 A, B, C의 버스에 대한 청구 중 휠체어 승강 설비 제공만 인용, 나머지 청구는 모두 기각)
주문	<p>1. 당심에서 추가 및 변경한 원고 A, B, C의 청구를 포함하여 제1심판결 중 위 원고들에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.</p> <p>가. 원고 A, B, C에게</p> <p>1) 피고 甲 주식회사는 시외버스에 관하여,</p> <p>2) 피고 乙 주식회사는 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 관하여, 원고 A, B, C가 위 각 유형의 버스를 이용할 수 있도록 휠체어 승강 설비를 제공하라.</p> <p>나. 원고 A, B, C의 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도에 대한 청구 및 피고 甲 주식회사, 乙 주식회사에 대한 나머지 청구를 각 기각한다.</p> <p>2. 원고 D, E의 항소를 모두 기각한다.</p>

## 다. 쟁점 및 함의

### (1) 차별구제청구권이 개별·구체적인 권리인지

피고 甲 주식회사와 乙 주식회사는 원고들의 피고들에 대한 소가 ‘구체적인’ 권리 또는 법률관계에 관한 것이 아니어서 소의 이익이 없다고 주장하였다. 교통약자법의 규정이 일반적·추상적인 의무를 부과한 것에 불과하므로, 구체적인 사건성이 없다는 주장으로, 차별구제청구권이 사법(私法)상의 구체적인 이행청구권에 해당하는지 문제 되었다. 이는 차별의 시정을 구하는 장애인의 권리와 이에 대응되는 차별시정의무가 개별적, 구체적인 권리·의무인지, 아니면 일반적·추상적인 권리·의무인지의 문제이다.

제1심 재판부는 ‘구체적인 사건성’이 있어야 함을 전제로, 원고들의 청구가 구체적인 사건성이 있다고 보았다. 피고들의 부작위(휠체어 승강 설비 등 승하차 편의를 제공하지 않는 행위)가 피고들이 운행하는 버스 전체에 항시 존재한다는 것이다.

제2심 재판부는 보다 명확하게 피고 甲 주식회사와 乙 주식회사의 구체적인 법적의무를 인정하였다. “장애인차별금지법에 따라 위 피고들이 운행하는 버스를 이용하는 장애인에게 정당한 편의로서 휠체어 승강 설비를 제공할 구체적인 법적 의무가 있다”고 본 것이다.

## (2) 국가를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 소송의 관할

피고 서울시장은 “교통약자를 위한 이동 편의 증진계획’은 처분성이 인정되는 행정계획이고, 피고 서울시장은 이러한 행정계획을 수립·시행하는 공권력 행사의 주체로서 원고 A, B, C와 공법관계에 있으므로” 이 부분 소는 “민사소송이 아닌 행정소송으로 진행되어야” 한다고 주장하며 행정법원에 관할이 있다고 항변하였다.

국가 및 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제된다.

이에 대해 제1심 재판부는 ① 장애인차별금지법 제48조 제2항에서 정한 법원의 적극적 구제조치는 미국 장애인법상 강제명령(injunction)의 영향으로 도입되었는데, 미국의 강제명령은 명령의 대상이 공법관계인지 사법관계인지 구분하지 않는 점, ② 제48조 제2항의 문언해석상 ‘행정소송’으로 하여야 함을 명시하지 않은 점, ③ 행정소송에서 의무이행소송이 허용되지 않는 것에 반해, 차별적 행위에 보다 더 효과적으로 대처하기 위하여 의무이행을 구하는 것과 유사한 소송을 민사소송에서 가능하도록 한 것이 입법자의 의지로 해석되는 점, ④ 차별적 행위가 발생한 경우 손해배상에 대한 추가적인 구제수단으로서 법원이 적극적 조치를 명하도록 하는 것은 민사적 구제수단의 성질을 가지는 점, ⑤ 제48조 제2항이 소송의 성질이나 관할에 대하여 규정하지 않았는데도 차별행위의 주체나 법률관계의 성질에 따라 행정소송 또는 민사소송으로 다르게 분류한다면 분쟁 해결의 절차가 일관되지 않아 혼란을 야기할 수 있는 점 등에 비추어, 차별 행위의 피해자는 민사 법원에 차별의 구제를 위한 적극적 조치를 구할 수 있다고 보았다.

제2심 재판부의 결론도 같았다. 제1심 재판부에서 제시한 논거 외에 ① 장애인차별금지법, 민법 등의 규정 내용 및 체계에 비추어 장애인차별금지법 제48조 제2항 구제조치는, 그 법적 성질이 사법상의 권리인 손해배상청구권을 보완하는 구제방법 중 하나인 점, ② 국가나 지방자치단체가 장애인차별금지법을 위반하여 차별행위를 한 경우, 그 차별행위의 피해자가 손해배상뿐 아니라 구제조치 청구도 할 수 있는 점, ③ 구제조치 청구의 상대방이 행정주체라거나 그 대상이 공법상의 법률관계에 관한 것이라는 이유만으로 반드시 행정소송의 대상으로 삼아야 할 논리필연적 당위성

이 존재하지 않는 점 등을 고려하였다.

### (3) 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

원고들이 버스를 이용하던 중 차별을 받은 행위는 이미 종료된 행위이나, 이러한 차별은 앞으로 반복해서 발생할 가능성이 높다. 이처럼 이미 종료된 차별행위, 장래에 발생할 것으로 예상되는 차별행위나 반복적 차별행위에 대해서, 어떤 청구취지와 주문을 통해서 구제받을 수 있는지 문제된다.

제2심 재판부는 “피고들이 이[휠체어 승강 설비가 제공되지 않는 부작위]를 시정하지 않는 한 시외버스 및 시내버스 중 광역버스에서의 휠체어 승강 설비 미제공이라는 차별행위가 계속될 가능성이 있다”는 점을 근거로 휠체어 승강 설비 제공을 내용으로 한 구제조치를 명해야 한다고 판단하였다. 이에 따라 원고들이 버스 이용 시 이용할 수 있도록 휠체어 승강 설비를 제공하라는 내용의 주문이 인용되었다.

### (4) 요구되는 청구취지 특정의 정도

차별구제청구소송의 청구취지가 어느 정도 특정이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다. 이 사건에서는 변론기일마다 재판부에서 저상버스로서 ‘어떤 버스’를 요구하는 것인지 명확히 해 달라는 요구를 하였다. 관련 내용은 판결문에서는 다루어지지 않았으나, 저상버스 도입과 관련된 구제청구가 기각된 것으로 미루어 재판부는 청구가 충분히 특정되지 않았다고 생각한 것으로 보인다.

### (5) 재량권의 존부 및 그 법적 근거, 재량의 구체적인 의미

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 관한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지 문제된다. 나아가 재량이 인정된다면, 그 구체적인 의미, 범위와 내용이 문제된다.

장애인차별금지법 제48조 제2항의 해석과 관련하여 제1심 재판부는 “제48조 제2항은 차별적 행위에 대하여 법원으로 하여금 피해자의 청구가 있으면 법원의 판단하에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 정하였고, 달리 적극적 조치의 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 아니하는바, 이러한 문언의 해석상 장애인차별금

지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 상당하다”고 판단하였다.

피고들의 행위가 장애인차별금지법에서 규정하는 차별행위에 해당하고, 그에 대하여 적극적 조치를 명할 필요성이 인정되는 경우에 한하여 법원이 차별구제조치를 명할 수 있다는 것이다.

#### (6) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 구제조치의 적정성이거나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

이 사건에서 법원은 ‘저상버스 도입’에 관한 피고들의 부작위가 법 위반이나 차별행위에 해당하지 않는다고 판단하여, 구제조치의 필요성에 대한 판단까지는 나아가지 않았다.

반면 ‘휠체어 승강 설비의 설치’에 관한 교통행정기관인 피고들의 부작위는 차별행위에 해당한다고 판단하였고, 이에 따라 구제조치의 필요성도 검토하였다. 구체적으로 검토한 내용은 다음과 같다.

- ① 피고의 재량 범위<sup>40)</sup>: 교통약자법 시행령 및 시행규칙의 취지상 현실적인 수요와 재정적 여건 등을 예측하여 휠체어 승강 설비의 설치 시기 및 범위에 대한 결정을 하여야 하는데, 이는 교통행정기관의 정책 판단의 문제에 해당함.
- ② 비교법적 검토: 외국의 예와 달리 우리나라 교통약자법 시행령과 시행규칙에는 이동 편의 시설의 도입 기한과 범위를 구체적으로 정하지 않음.
- ③ 이행 가능성 및 실효성: 법원이 시기와 기한을 정하지 아니한 채 포괄적이고 막연하게 ‘시책을 추진하고 재정지원을 하라’는 방식의 조치를 하는 것은 그 이행을 보장받기 어렵고, 원고들이 실질적이고 즉각적으로 정당한 편의를 제공받기 어려워서, 차별적 행위를 시정하기 위한 적극적 조치로서 실효적이라고 보이지 않음.

40) 특히 피고가 국가나 지방자치단체인 경우, 법원이 피고의 재량 영역이라는 점을 고려하는 경향이 있다.

위와 같은 점을 고려하여 법원은 교통행정기관에게 휠체어 승강 설비의 도입을 위한 시책의 추진, 재정지원 등을 적극적 조치로서 명하는 것은 법원이 명할 수 있는 구제조치의 영역을 넘어서고, 차별의 시정을 위한 적합한 방법에 해당하지 않는다고 판단하였다.

또한, 휠체어 승강 설비의 설치에 관하여 버스회사인 피고들은 “국가 및 지방자치단체의 지원과 단계적·정책적인 노력이 선행되어야 하고, 안전상의 문제점 및 경제적인 부담 등을 고려하면 장애인에게 승하차 편의를 제공하지 못하는 것에 정당한 사유가 있다”고 주장하였다. 그러나 제1심 재판부는 피고가 주장하는 문제들이 비용적으로 과도한 부담이 아니라며, 피고의 주장을 배척하였고, 제2심 재판부도 같은 취지로 피고의 주장을 배척하였다.

결론적으로 법원에서 구제조치가 인정된 것은 버스회사인 피고 甲, 乙 주식회사가 휠체어 승강 설비를 설치하는 부분뿐이었다.

#### (7) 기타

제1심 재판부는 저상버스 도입이 장애인의 장거리 이동을 위한 절대적인 방안은 아니고, 휠체어 승강 설비 설치와 같이 대체 수단이 존재한다는 점을 고려하여 피고들의 부작위가 차별행위가 아니라고 판단하였다.

### 5. 아파트 지하주차장 승강기 설치 청구 사건 (#8)

#### 가. 사실관계

지체장애인인 원고가 거주하는 아파트 지하주차장에는 지상층과 연결된 승강기가 없다. 이에 원고는 승강기의 설치와 손해배상을 청구하였다. 제1심 법원은 원고가 지상주차장을 이용할 수 있고, 관계 법령상 시공 당시 승강기 설치가 권장 사항이었다는 이유로 원고의 청구를 전부 기각하였다. 제2심 재판부는 지상 장애인 주차구역에 캐노피를 설치하는 것을 내용으로 한 화해권고결정을 하였고, 이 결정이 확정되었다.

## 나. 사건개요

## (1) 제1심

사건번호	2015가합225
원고	지체장애인 A
피고	한국토지주택공사
법원	대구지방법원 상주지원 민사부
소제기일	2015. 11. 18.
판결선고일	2016. 3. 31.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 원고에게 10,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라. 2. 피고는 상주 B아파트 지하주차장에 원고가 이용할 수 있도록 지상층과 연결된 승강기를 설치하라.
결과	전부 기각
주문	원고의 청구를 모두 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2016나22159
원고	지체장애인 A
피고	한국토지주택공사
법원	대구고등법원 제2민사부
소제기일	2016. 4. 29.
확정일	2017. 12. 20. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 원고에게 10,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라. 2. 피고는 상주 B아파트 지하주차장에 원고가 이용할 수 있도록 지상층과 연결된 승강기를 설치하라.
결과	화해권고결정
결정사항	1. 피고는 원고가 피고로부터 임차하여 거주하는 상주시 동수4길 소재 B아파트의 705동에 부속된 원고 이용의 지상 장애인 주차구역에 원고가 눈과 비를 피할 수 있는 캐노피(비가림 지붕 내지 차양시설)를 2018. 1. 31.까지 피고의 비용으로 설치한다. 2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 조정 및 화해에 관한 제문제

차별구제청구소송에서는 조정절차가 적극적으로 활용되고 있으며, 조정이나 화해로 종결되는 사건이 적지 않다. 실무상 이루어지고 있는 조정·화해 절차의 의미와 한계를 살펴본다.

이 사건은 제1심에서는 원고의 청구가 전부 기각되었지만, 제2심에서는 법원의 화해권고에 따라 원고가 이용하던 지상 주차장에 캐노피가 설치되었다. 이는 원고가 청구를 하거나 피고가 대안으로 제시한 내용은 아니나, 조정 과정에서 재판부가 적극적으로 제안한 내용이다.

### (2) 기타

제1심 재판부는 지하주차장에 승강기가 설치되지 않은 것을 장애인차별금지법 위반으로 보지 않았기 때문에 차별구제조치에 관한 판단까지 나아가지 않았다.

## 6. 지하철역 장애인 화장실 성별 분리 청구 사건 (#9)

### 가. 사실관계

전동휠체어를 사용하는 지체장애인인 원고가 교통사업자인 피고에게 양천구청역사 내 장애인화장실을 남녀 구분해서 설치할 것, 신도림역 환승구간에 (승강기 등) 이동 편의시설을 설치할 것을 청구한 사건이다. 조정에 회부되었으나 피고가 강제조정제에 대하여 이의신청을 하였고, 재판 과정에서 화해권고 결정이 내려졌다.

### 나. 사건개요

사건번호	2012가합13003
원고	휠체어를 사용하는 지체장애인 A
피고	서울메트로
법원	서울남부지방법원
소제기일	2012. 7. 11.
화해권고성립일	2013. 11. 12.
대리인 유무	있음

청구취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고에게 금 20,000,100원 및 이에 대한 소장부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.</li> <li>2. 피고는 2013년 12월까지 지하철 2호선 양천구청역사의 장애인화장실을 남녀로 분리하여 설치하라.</li> <li>3. 피고는 2014년 12월까지 지하철 2호선 신도림역사 내 순환선 탑승장에서 개찰구까지 오르내리는 통로에 장애인이 이용하는데 어려움이 없도록 승강기를 설치하라.</li> <li>4. 위 2항 및 3항에서 정해진 기간까지 위 사항을 이행하지 아니하는 경우에 피고는 원고에게 1일당 300,000원씩 금원을 지급하라.<sup>41)</sup></li> </ol>
결과	화해권고결정
결정사항 <sup>42)</sup>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 2014. 12.까지 지하철 2호선 양천구청역사 내 장애인화장실을 남성용과 여성용으로 구분 분리하여 설치한다. 다만, 피고는 2014년도 장애인화장실 환경개선 계획(양천구청역사 포함 6개 역사)에 따른 시설공사예산을 2014. 상반기에 조기집행하도록 노력하며, 양천구청역사를 다른 5개 역사에 우선하여 동 장애인화장실 남녀 분리설치 공사를 시행한다.</li> <li>2. 피고는 2014. 12.까지 지하철 2호선 신도림역사 내 순환선 탑승장에서 개찰구까지 오르내릴 수 있는 전동 승강기(엘리베이터) 1대를 설치한다. 다만, 피고는 동 전동 승강기 설치를 위한 공사발주를 신속하게 하여 설치완료시기를 최대한 앞당기기 위해 노력한다.</li> <li>3. 피고는 원고에게 2013. 7. 31.까지 금 1,100,000원(이 사건 소장부분 송달일인 2012. 7. 19. 다음 날부터 본 조정기일까지 기간인 약 11월*월 100,000원의 위자료)을 지급한다. 만일 피고가 위 지급기일까지 위 금원을 지급하지 아니한 때에는 미지급금원에 대하여 지급기일 다음 날부터 다 갚을 때까지 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급한다.</li> <li>4. 원고의 나머지 청구를 포기한다.</li> </ol>

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 요구되는 청구취지 특정의 정도

이 사건은 진행 중 청구취지가 변경되었다. 이와 관련, 차별구제청구소송의 청구취지가 적어도 어느 정도 특정이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다.

원고는 청구취지 변경으로 승강기의 설치를 구하는 장소를 구체화하였다. “신도림역사 내 환승 통로”를 “신도림역사 내 순환선 탑승장에서 개찰구까지 오르내리는 통로”로 변경한 것이다. 재판부가 이 부분에 대하여 청구를 구체화하도록 석명권을 행사하였을 것으로 추정된다.

#### 41) 〈변경 전〉

1. 피고는 2014년 12월까지 지하철 2호선 신도림역사 내 환승통로에 장애인이 이용하는데 어려움이 없도록 승강기를 설치하라.
- (1. 2. 4. 항은 같음)

42) 이 결정사항은 조정에서의 결정사항이다. 화해권고결정문을 확보하지 못하여 조정결정문의 내용을 기재해 두었다. 다만, 사건을 대리한 변호사에게 확인한 바에 의하면, 조정사항과 화해권고사항은 동일하다고 한다.

## (2) 조정 및 화해에 관한 제문제

이 사건은 조정에 회부되었다가 피고가 이의를 제기하여 결정에는 이르지 못하고, 다시 화해권고 결정이 내려졌다. 차별구제청구소송에서는 조정절차가 적극적으로 활용되고 있으며, 조정이나 화해로 종결되는 사건이 적지 않다. 실무상 이루어지고 있는 조정·화해 절차의 의미와 한계가 무엇인지 문제된다.

사건을 담당했던 염형국에 의하면, 피고가 조정에 대하여 이의 신청을 하였으나, 화해권고에 대한 이의 신청을 하지 않은 것은 결정에 확정되는 시점에 대한 당사자 간 의견의 불일치가 있었기 때문이다. 조정과 화해권고 결정의 내용은 동일했으며, 결정문상 더 확인할 수 있는 내용은 없었다.

## 7. 지하철 승강장 단차 차별구제청구 사건 (#10)

### 가. 사실관계

원고는 전동휠체어를 사용하는 지체장애인이고, 피고는 지하철역을 관리·운영하는 교통사업자이다. 신촌역과 충무로역의 일부 승강장과 열차 사이 간격이 12cm로 휠체어의 바퀴가 빠질 수 있고, 실제 신촌역에서는 원고 A가 사고를 당하였다. 원고들은 피고가 도시철도건설규칙과 고시를 위반하여 장애인의 이동권을 부당하게 제한하고 있고, 장애인차별금지법에 따라 장애인에게 안전발판 등 설비의 설치 등 정당한 편의를 제공할 의무가 있음에도 이를 제공하지 않음으로써 원고들을 차별하고 있다고 주장하였다. 현재 원고들이 항소하여 항소심이 진행되고 있다.<sup>43)</sup>

### 나. 사건개요

사건번호	2019가합108198
원고	전동휠체어를 사용하는 지체장애인 A, B
피고	서울교통공사
법원	서울동부지방법원
소제기일	2019. 7. 3.
판결선고일	2020. 7. 8.

43) 서울고등법원 2020나2024708호.

대리인 유무	있음
청구취지	피고는 서울지하철 신촌역, 충무로역 중 지하철 차량과 승강장 연단의 간격이 10cm를 넘거나 지하철 차량과 승강장 연단의 높이 차이가 1.5cm를 초과하는 부분에 대해서 장애인 승객의 사고를 방지하고 정당한 이동 편의지원을 위한 안전발판 등 설비를 설치하고, 원고들에게 각 5,000,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12% 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	전부 기각
주문	원고들의 청구를 모두 기각한다.

#### 다. 쟁점 및 합의

1) 이 사건은 원고들이 정당한 편의를 제공받지 못하였다고 주장하였는데, 재판부는 장애인차별금지법에 의해 피고에게 안전발판 등 설비를 설치할 구체적인 의무가 발생하였다고 보기 어렵기 때문에 이를 설치하지 않았다고 하여 곧바로 정당한 편의의 제공이 없다고 볼 수 없다는 점, 피고가 구체적인 편의를 제공하에 있어서 어느 정도 폭 넓은 재량을 가지고 있다고 보아야 하는데 이 동식 안전발판서비스, 교통약자 이동 안내 서비스 등을 도입하고 있고, 어플리케이션으로 승강장 위치를 안내하고 있는 점 등을 근거로 원고들의 주장을 인정하지 않았다. 또한 가정적으로 승강자아 연단에 안전발판 등 설비를 설치하지 않았다고 하더라도 정당한 사유가 있으므로 차별행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

2) 이에 법원은 차별행위를 전제로 한 적극적 구제조치의 판단에는 나아가지 않았다.

### 8. 버스 내 청각장애인 의사소통 차별 사건 (#11)

#### 가. 사실관계

원고는 청각장애인으로, 고속버스에 탑승하면서 출발 전에 운전기사에게 청각장애인임을 밝히고, 긴급용무 시 잠깐 휴게소에 세워달라는 수신호를 알아달라는 취지의 필담 또는 휴대전화 문자 메시지를 보여주면서 부탁하였고, 버스 이용 중에 수신호를 사용하여 휴게소에 세워달라 요청하였으나 운전기사가 무시를 하였다. 이에 장애인차별금지법상 정당한 편의 미제공에 의한 차별에 해당한다고 주장하면서 위자료를 청구함과 동시에 수신호를 무시하는 등의 차별행위를 하지 말 것과 버스 운행 도중 긴급용무 시 잠깐 가까운 휴게소에 세워달라는 수신호를 알 수 있도록 교육을 실시할 것을 청구하였다.

## 나. 사건개요

사건번호	2018가합58467
원고	휠체어 이용 지체장애인
피고	甲고속 주식회사
법원	광주지방법원 제11민사부
소제기일	2018. 10. 28.
판결선고일	2019. 5. 10. (확정)
대리인 유무	있음 (소송구조)
청구취지	1. 피고는 원고에게 1,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라. 2. 피고는 소속 운전자들에 대하여 청각장애인들의 수신호를 무시하는 등의 차별행위를 하지 않도록 조치하고, 버스 운행 도중 긴급용무 시 잠깐 가까운 휴게소에 세워달라는 수신호를 알 수 있도록 교육을 실시하라.
결과	전부 기각
주문	원고의 청구를 기각한다.

## 다. 쟁점 및 합의

원고가 수신호를 무시하는 등의 차별행위를 하지 않도록 조치해달라고 한 청구에 대하여, 법원은 차별행위를 인정할 증거가 없다는 이유로 받아들이지 않았다.

버스 운행 도중 긴급용무 시 잠깐 가까운 휴게소에 세워달라는 수신호를 알 수 있도록 교육을 실시할 것을 청구하였는데, 이에 대해서는 “운전기사가 차량 운행 중 전방 주시 의무가 있어 수신호를 제대로 보기 어려운 점, 의사소통이 어려운 교통약자의 경우 주위 사람들에게 전달하여 도움을 청구하는 방법으로 불편을 해소할 수 있을 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 기사의 수신호 숙지가 장애인차별금지법상 정당한 편의에 해당한다고 보기 어렵다”고 판단하였다.

이 사건은 피고 소속 운전기사가 원고의 수신호를 무시하는 행위를 하였다는 사실을 인정받지 못했고, 피고 소속 기사가 일반적으로 청각장애인들의 수신호를 무시하는 행위를 하고 있다는 사실을 인정할 증거가 없다고 한바, 차별의 존재를 인정받지 못했다. 따라서 차별의 존재를 전제로 하는 차별구제 청구에 관한 심리는 진행되지 못하였다.

이 사건의 경우 변론기일이 1회만 진행되었고, 소송구조로 변호사가 선임되고 소송복대리인이 선임되었으며, 변론과정에서 원고의 소송대리인이 청구취지 및 원인 변경신청서, 보정서를 제출

하였고, 변론종결 후 원고가 직접 재판에 관한 의견서를 제출하였다. 사건검색으로 내용까지 확인은 어려우나, 위 진행상황에 비추어 재판 과정에서 차별의 존재에 관하여 충분히 심리가 이루어진 것인지 의문이 있다. 원고의 항소로 항소심이 진행되던 중에 원고의 소송대리인(소송구조)이 화해 권고결정 요청서를 제출하였고, 이후 위 대리인이 합의서를 제출하면서 항소를 취하하여 사건은 종결되었다. 합의서의 내용은 확인되지 않았다.

### Ⅲ 금융

#### 1. 지적장애인 보험가입 거부 사건 (#12)

##### 가. 사실관계

원고들은 지적장애인이고, 피고들은 보험회사이다. 원고들이 지적장애가 있다는 이유로 보험 가입의 차별을 당하였다고 주장하였다.

##### 나. 사건개요

##### (1) 제1심

사건번호	2010가합76271
원고	지적장애인 A, B
피고	甲생명보험 주식회사 외 3
법원	광주지방법원 제11민사부
소제기일	2010. 7. 23.
판결선고일	2011. 1. 12.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고 甲생명보험 주식회사는 별지 1 기재 보험계약에 관한 원고 A의 청약에 대하여 승낙의 의사표시를 하고, 피고 乙생명보험 주식회사는 별지 2 기재 보험계약에 관한, 피고 丙생명보험 주식회사는 별지 3 기재 보험계약에 관한 각 원고 A의 청약에 대하여 보험가입절차를 이행하고, 피고 甲생명보험 주식회사, 乙생명보험 주식회사, 丙생명보험 주식회사는 원고 A에게 각 5,000,000원 및 이에 대한 지연이자를, 피고 乙생명보험 주식회사, 丁생명보험 주식회사는 원고 B에게 각 500만 원 및 지연이자를 지급하라.
결과	전부 기각
주문	원고들의 청구를 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2011나18439
원고	지적장애인 A, B
피고	甲생명보험 주식회사 외 3
법원	서울고등법원 제13민사부
소제기일	2010. 7. 23.
판결선고일	2011. 9. 2.
대리인 유무	있음
항소취지	제1심 판결을 취소한다. 피고 甲생명보험 주식회사는 별지 1 기재 보험계약에 관한 원고 A의 청약에 대하여 승낙의 의사표시를 하고, 피고 乙생명보험 주식회사는 별지 2 기재 보험계약에 관한, 피고 丙생명보험 주식회사는 별지 3 기재 보험계약에 관한 각 원고 A의 청약에 대하여 보험가입절차를 이행하고, 피고 甲생명보험 주식회사, 乙생명보험 주식회사, 丙생명보험 주식회사는 별지 3 기재 보험계약에 관한 각 원고 A의 청약에 대하여 보험가입절차를 이행하고, 피고 甲생명보험 주식회사, 乙생명보험 주식회사, 丙생명보험 주식회사는 원고 A에게 각 5,000,000원 및 이에 대한 지연이자를, 피고 乙생명보험 주식회사는 별지 4 기재 보험계약에 관한, 丁생명보험 주식회사는 별지 5 기재 보험계약에 관한 각 원고 B의 청약에 대해 보험가입절차를 이행하고, 피고 乙생명보험 주식회사, 丁생명보험 주식회사는 원고 B에게 각 500만 원 및 지연이자를 지급하라.
결과	항소 기각
주문	원고들의 항소를 모두 기각한다.

## 다. 쟁점 및 함의

이 사건은 제1, 2심 모두 원고들이 보험가입을 위한 전화상담을 넘어 보험모집인을 통한 보험계약 청약과 같은 본인들의 진정한 의사로 전화를 통하여 종신보험 가입을 위한 청약에 나아갔다는 점을 인정하기 부족하고 증거도 없다고 하면서 원고들의 청구를 기각하였다.

## 2. 정신장애인 보험가입 거부 사건 (#13)

## 가. 사실관계

원고는 양극성 정동장애로 정신장애인이다. 원고는 피고 회사에 전화를 걸어 상담원으로부터 보험상품에 관한 설명을 듣고 가입 상담 중 원고가 신경계통 약물을 복용한다고 하자 보험 가입이 어렵다고 안내받았다. 피고는 약물복용 중인 정신장애인이 표준체 집단보다 더 높은 위험률을 지니고 있는 것으로 판단되므로 피고 내부의 보험 인수 기준상 가입이 불가능하다고 회신하였다. 한편, 항소심 계속 중 해당 보험 상품 판매가 중단되었다.

## 나. 사건개요

## (1) 제1심

사건번호	2011가합38092
원고	정신장애인 A
피고	甲 생명보험 주식회사
법원	서울중앙지방법원 제34민사부
소제기일	2010. 7. 23.
판결선고일	2013. 8. 30.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 별지 목록 기재 보험 상품에 관한 계약교섭 과정에서 원고가 정신장애인 또는 약물 복용 중이라는 이유로 상품설명, 가입권유, 보험내역 설계 등 청약의 유인행위를 중지해서는 아니 된다. 피고는 위 보험 상품에 관하여 원고가 청약의 의사표시를 할 수 있도록 원고에게 이 판결 선고일로부터 10일 이내에 보험기간, 납입기간, 보험금액, 월 보험료, 고지의무, 약관의 주요 내용 등 피고가 보험계약 체결을 위해 필요한 구체적 사항을 질문 또는 설명하고, 이 내용이 담긴 보험계약청약서 양식을 교부하라. 2. 피고는 원고에게 500만 원 및 지연이자를 지급하라. 3. 만일 피고가 판결 선고일로부터 10일의 기간 이내에 보험계약 체결을 위해 필요한 사항을 질문 또는 설명하지 않거나, 보험계약청약서 양식을 교부하지 아니하는 때에는 피고는 그 기간이 만료된 다음 날부터 그 이행 완료 시까지 원고에게 1일당 10만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라.
결과	일부 인용 (손해배상 청구 일부 인용)
주문	1. 피고는 원고에게 100만 원 및 지연이자를 지급하라. 2. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2013나61901
원고	정신장애인 A
피고	甲생명보험 주식회사
법원	서울고등법원 제26민사부
항소일	2013. 10. 14.
판결선고일	2016. 4. 26.
대리인 유무	있음
항소취지	제1심 판결 중 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 별지1 목록 기재 보험 상품에 관한 계약 교섭 과정에서 원고가 정신장애인 또는 약물 복용 중이라는 이유로 상품설명, 가입권유, 보험내역설계 등 청약의 유인행위를 중지해서는 아니 된다. 피고는 위 보험 상품에 관하여 원고가 청약의 의사표시를 할 수 있도록 원고에게 이 판결 선고일로부터 10일 이내에 보험기간, 납입기간, 보험금액, 월 보험료, 고지의무, 약관의 주요 내용 등 피고가

	보험계약 체결을 위해 필요한 구체적 사항을 질문 또는 설명하고, 이 내용이 담긴 보험계약청약서 양식을 교부하라. 2. 피고는 원고에게 400만 원 및 지연이자를 지급하라. 3. 만일 피고가 판결 선고일로부터 10일의 기간 이내에 보험계약 체결을 위해 필요한 사항을 질문 또는 설명하지 않거나, 보험계약청약서 양식을 교부하지 아니하는 때에는 피고는 그 기간이 만료된 다음 날부터 그 이행 완료 시까지 원고에게 1일당 10만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라.
결과	일부 인용 (일부 각하, 손해배상청구 인용)
주문	1. 판결을 아래와 같이 변경한다. 가. 원고의 이 사건 소 중 청약의 유인행위 중지 금지, 청약의 유인 및 간접강제 청구 부분을 각하한다. 나. 피고는 원고에게 500만 원 및 지연이자를 지급하라. 다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

#### 다. 쟁점 및 합의

이 사건은 제1심과 제2심(적극적 차별구제조치 부분 제외)은 모두 원고들이 보험가입을 위한 전 화상담을 넘어 보험모집인을 통한 보험계약 청약과 같은 본인들의 진정한 의사로 전화를 통하여 종신보험 가입을 위한 청약에 나아갔다는 점을 인정하기 부족하고 증거도 없다고 하면서 원고들의 청구를 기각하였다.

한편, 항소심에서는 직권으로 적극적 차별구제조치 청구의 적법 여부에 관하여 살펴보았다. 항소심 계속 중 보험 상품이 판매 중단되어 원고의 적극적 차별구제조치 청구는 이미 소멸한 보험 상품의 청약의 유인행위 등을 구하는 것으로서 권리보호 이익이 소멸하였으므로 적극적 차별구제조치 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

### 3. 피한정후견인 금융거래 제한 사건 (#14)

#### 가. 사실관계

원고들은 한정후견을 받고 있는 정신지체장애인들이다. 원고들이 받은 한정후견개시 심판에 따르면, 원고들은 30일 합산 금액이 100만 원 이상 금전의 이체인출의 경우 한정후견인의 동의를 받아야 한다. 우체국 내부 지침에 의하면 30일 합산 100만 원 미만의 거래의 경우 한정후견인의 동의는 필요하지 않지만, 통장 및 인감 등을 지참한 후 은행 창구를 통해 직접 거래를 해야 하고, 30일 합산 100만 원 이상 300만 원 미만의 거래의 경우 한정후견인으로부터 동의를 받더라도 단독으로 거래가 불가능하고 한정후견인과 동행하여 은행 창구를 통해 거래하여야 한다(이하 ‘이 사건 예금거래 조치’).

100만 원 미만 거래는 후견인 동의가 필요 없기 때문에 직접 거래할 수 있어야 하고, 100만 원 이상 거래는 후견인 동의만으로 단독으로 거래할 수 있어야 함을 주장하며 원고들은 차별행위의 중지, 적극적인 조치 및 간접강제를 청구하였다. 원고들의 구제청구가 대부분 받아들여졌고, 현재 대법원에 사건이 계류 중이다.<sup>44)</sup>

## 나. 사건개요

### (1) 제1심

사건번호	2018가합586347
원고	한정후견을 받고 있는 정신지체장애인 A 외 17명
피고	대한민국
법원	서울중앙지방법원 제45민사부
소제기일	2018. 11. 30.
판결선고일	2019. 8. 28.
대리인 유무	있음
청구취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>가. 주문 제1항과 같은 판결.</li> <li>나. 피고는 원고들이 비대면거래(현금자동지급기, 현금자동입출금기 및 체크카드 거래 등)가 가능하도록 기술적, 시스템적 장치를 마련하라(이행기간 : 이 사건 판결 선고 후 6개월 내).</li> <li>다. 피고는 '후견종류별 금융업무 가능 범위 명확화 관련 규정(장애인 응대 매뉴얼)'을 마련하라(이행기간 : 이 사건 판결선고 후 6개월 내).</li> <li>라. 위 가., 나., 다. 의 각 행위를 피고가 이행기간 내에 이행하지 않을 경우 피고는 원고들에게 이행행위별로 1일 각 10만 원씩 배상하라.</li> <li>2. 피고는 원고들에게 각 3,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</li> </ol>
결과	일부 인용 (차별구제청구 인용하되 장애인 응대 매뉴얼 마련 청구만 기각, 간접강제 인용, 위자료 일부 인용)
주문	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고들에게, <ol style="list-style-type: none"> <li>가. 30일 합산 '100만 원 이상 300만 원 미만'의 거래의 경우 '동의서' 제시에 의한 방법을 사용하지 못하게 하고 한정후견인과 동행을 요구하는 행위를 중지하고,</li> <li>나. 이 판결 확정일로부터 6개월 이내에, 30일 합산 100만 원 미만 거래의 경우 현금 자동지급기, 현금자동입출금기 및 체크카드 거래가 가능한 기술적, 시스템적 장치를 마련하고,</li> <li>다. 피고가 이행기간 내에 위 가., 나.의 행위를 이행하지 않을 때에는 이행하지 않은 행위별로 1일 100,000원을 지급하라.</li> </ol> </li> <li>2. 피고는 원고들에게 각 500,000원 및 이에 대하여 2018. 12. 7.부터 2019. 8. 28.까지 연 5%, 다음 날부터 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.</li> <li>3. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.</li> </ol>

44) 대법원 2020다301308호.

## (2) 제2심

사건번호	2019나2041059
원고	A 외 17명
피고	대한민국
법원	서울고등법원 제14민사부
소제기일	2019. 9. 24.
판결선고일	2020. 11. 5.
대리인 유무	있음
청구취지	<p>청구취지<sup>45)</sup></p> <p>1. 가. 피고는 이 사건 판결 선고일로부터 6개월 내에 ‘30일 합산 1,000,000원 이상 3,000,000원 미만 거래의 경우 동의서 제시에 의한 방법을 사용하지 못하게 하고 한정후견인과 동행을 요구하는 행위를 중지할 것’과 ‘30일 합산 1,000,000원 미만 거래의 경우 현금자동지급기, 현금자동입출금기 및 체크카드 거래가 가능한 기술적, 시스템적 장치를 마련할 것’을 포함하는 내용의 ‘후견종류별 금융업무 가능범위 명확화 관련 규정(장애인 응대 매뉴얼)’을 마련하라.</p> <p>나. 피고가 위 가.항의 행위를 그 이행 기간 내에 이행하지 않을 경우 원고들에게 각 1일당 100,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p> <p>2. 피고는 원고들에게 각 3,000,000원 및 이에 대한 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p> <p>항소취지</p> <p>[원고들] 제1심판결 중 아래에서 이행을 명하는 부분에 해당하는 원고들 패소 부분을 취소한다.</p> <p>청구취지 제1항과 같은 내용 및 피고는 원고들에게 각 2,500,000원 및 이에 대한 2018. 12. 7.부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p> <p>[피고] 제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.</p>
결과	일부 인용, 항소 기각 (위자료 감축하여 인정)
주문	<p>1. 제1심판결의 손해배상청구에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 금액을 초과하는 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.</p> <p>피고는 원고들에게 각 200,000원 및 이에 대한 2018. 12. 7.부터 2020. 11. 5.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p> <p>2. 원고들의 항소와 피고의 원고들에 대한 나머지 항소를 모두 기각한다.</p>

45) 원고들은 항소심에서 적극적 구제조치에 관한 청구 중 예금거래 시 한정후견인과 동행을 요구하는 행위의 중지를 구하는 부분 및 비대면 거래가 가능하도록 기술적, 시스템적 장치의 마련을 구하는 부분을 각 취하하였고, 이행을 구하는 ‘후견종류별 금융업무 가능범위 명확화 관련 규정(장애인 응대 매뉴얼)’의 내용을 구체적으로 특정하였다. 원고들이 취하를 한 이유는, 피고가 1심판결 선고 이후 피한정후견인의 우체국 예금거래에 관한 업무를 개선함으로써, 100만 원 미만 거래의 경우에는 비대면 거래를 할 수 있게 되었고, 100만 원 이상의 거래의 경우에는 후견인 동의서를 지참하고 창구에서 단독 거래를 할 수 있게 되었기 때문이다.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 행정소송이 아닌 '민사소송'으로서의 차별구제청구소송

피고는 이 사건 소송이 민사소송이 아닌 행정소송 절차로 진행되어야 한다고 주장하였다. 국가 또는 지방자치단체를 상대로 차별구제청구소송을 제기하는 경우, 이러한 소송이 행정소송인지 아니면 민사소송인지 쟁점이 된다. 이에 따라, 관할도 결정될 것이다. 행정소송이라고 본다면, 행정청에 대해서 처분의 발급을 구하는 소송이 가능한지, 국가 또는 지방자치단체에 대한 이행의 소는 행정소송법상 당사자소송에 해당하는지 문제된다.

제1심 재판부는 차별구제조치 청구의 상대방이 국가라거나 그 대상이 공법상의 법률관계에 관한 것이라는 이유만으로 행정소송의 대상으로 삼아야 할 논리필연적 당위성이 존재한다고 볼 수 없다며, 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

### (2) 재량의 존부 및 그 구체적인 의미

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 관한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지, 재량의 구체적인 의미 등이 문제 될 수 있다.

제1심 재판부는 차별행위가 존재하는 경우 “이에 관한 시정을 명령할 필요성이 있는지 여부, 특정 사항의 이행 명령이 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, 특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지(비례원칙)에 따라 재량권을 행사한 뒤 적극적 조치 명령 판결을 할 것인지 여부를 정하면 된다”고 판단하였다. 즉, 차별구제조치의 필요성, 차별구제조치 수단의 적절성, 대안의 존재 등을 고려하여 재판부가 재량을 가지고 차별구제조치를 명령할 수 있다는 것이다.

여기서 한 발 더 나아가 “장애인차별금지법 제48조 제3항은 적극적 조치 명령 판결에 관하여 강제집행으로 실효성을 확보하도록 하고 있으므로 법원이 명하려는 적극적 조치가 이행가능성과 특정가능성을 모두 갖추어 유효한 강제집행이 가능한 것인지 여부도 물론 고려되어야 한다”며 판결의 집행가능성까지 고려하고 있다.

구체적으로 제1심 재판부는 100만 원 이상 거래에 관하여는, 차별이 존재하므로 차별행위-한정 후견인 동행을 요구하는 행위-을 중지할 것을 명하였다. 100만 원 미만 거래에 관하여서도, 차별

행위임을 인정하고 시정을 위한 적극적 조치의무를 부과할 필요가 있다고 하였다. 비대면거래를 허용하더라도 한정후견개시 심판시 법원이 정한 거래의 한도를 준수할 수 있음을 근거로 하였다.

제1심 재판부가 원고의 차별구제조치를 기각한 부분(청구취지 1.다.)도 있다. 후견종류별로 금융업무가 가능한 범위를 명확화하도록 청구한 부분에 대해서는, 금융위원회의 매뉴얼이 아직 마련되지 않았고, 다른 구제청구를 인용한 이상 이를 넘어 일반적으로 장애인 응대 매뉴얼을 마련하라는 차별구제조치를 명할 필요성이 있다고 보기 어렵다는 판단을 하였다.

그러나 제2심 재판부는 이 사건 예금거래 조치가 차별행위라고 하더라도 정당한 사유가 있는 것으로 보았다. 또한 제1심 판결 선고 후 차별행위가 이미 시정되었으므로, 매뉴얼을 마련하라는 차별구제조치를 명할 필요성이 없다고 보았다.

#### 4. 뇌병변장애인 대출거래 제한 사건 (#15)

##### 가. 사실관계

원고는 뇌병변장애인으로 상지의 마비와 하체 일부의 마비로 다리와 발만 움직일 수 있다. 원고의 지적 능력이나 법률상 의사능력은 비장애인과 동일하다. 피고는 금융기관이다.

원고는 활동보조인과 함께 피고의 지점에 방문하여 전세자금 대출 신청을 하였는데, 피고 소속 대출 담당 직원이 원고가 손과 발이 자유롭지 않고 언어장애로 대화가 어려워 의사소통을 할 수 없다는 이유로 원고가 의사능력이 없다고 판단하고, 대출을 받기 위하여는 후견인 제도를 활용하여야 한다고 안내하였다(이하 ‘이 사건 안내’). 이에 원고는 위자료와 차별구제조치를 청구하였다.

##### 나. 사건개요

###### (1) 제1심

사건번호	2018가합56850 손해배상(기)
원고	뇌병변장애인 A
피고	甲 주식회사
법원	광주지방법원 제11민사부
소제기일	2018. 9. 4.

판결선고일	2019. 4. 5.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는 원고에게 5,000,000원 및 이에 대하여 2018. 8. 13.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 2. 피고는, 주위적으로, 대출거래 약정 시 모든 장애인에게 자필서명과 후견인 선임을 요구하는 내부 지침의 기재를 삭제하고, 예비적으로, 위 내부 지침의 기재를 대출거래 약정 시 자필서명이 불가능한 장애인의 경우 후견인 선임 없이도 활동보조인 등 신뢰관계인으로 하여금 대필서명이 가능케 하도록 수정하고, 피고 소속 직원들에 대한 장애인식 개선 교육을 연 1회 이상 실시하라. 만일 피고가 이 판결 선고일부터 60일 이내에 위 의무를 이행하지 않을 때는 원고에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 1일 100,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	일부 인용 (차별구제조치 기각, 위자료 일부 인정)
주문	1. 피고는 원고에게 3,000,000원 및 이에 대하여 2018. 8. 14.부터 2019. 4. 5.까지는 연 5%, 2019. 4. 6.부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2019나21636 손해배상(기)
원고	뇌병변장애인 A
피고	甲 주식회사
법원	광주고등법원 제1민사부
소제기일	2019. 5. 15.
판결선고일	2019. 9. 27. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	1. 청구취지 <sup>46)</sup> 피고는 원고에게 5,000,000원과 이에 대하여 2018. 8. 13.부터 이 사건 소장 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고는, 피고의 ‘여신·투자금융 업무방법’ 제1조 제1항 제3호의 “자필이 불가능하여 채무관계자가 대필자를 지정한 때에는 대필자가 여신 관련 약정서를 공증사무소에서 작성하여 인증을 받도록 하고 공증비용은 당행이 부담한다”는 기재를 “자필이 불가능하여 채무관계자가 대필자를 지정한 때에는 대필자가 여신 관련 약정서를 공증사무소에서 작성하여 인증을 받도록 하고 공증비용은 당행이 부담한다. 단, 자필서명이 불가능한 장애인의 경우 위 인증 없이도 활동보조인 등 신뢰관계인으로 하여금 대필서명을 할 수 있도록 장애인에 대한 편의를 제공한다”로 수정하라. 만일 피고가 이 판결 선고일부터 60일 이내에 위 의무를 이행하지 않을 때는 원고에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 1일 100,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

46) 원고는 주위적 청구와 일부 예비적 청구를 취하고, 나머지 예비적 청구를 교환적으로 변경하였다.

	<p>2. 항소취지</p> <p>제1심판결 중 아래에서 지급이나 이행을 명하는 부분에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고는 원고에게 2,000,000원 및 이에 대하여 2018. 8. 14.부터 2019. 4. 5.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 대출거래 약정 시 모든 장애인에게 자필서명과 후견인 선임을 요구하는 내부 지침의 기재를 대출거래 약정 시 자필서명이 불가능한 장애인의 경우 후견인 선임 없이도 활동보조인 등 신뢰관계인으로 하여금 대필서명이 가능케 하도록 수정하라. 만일 피고가 이 판결 선고일부터 60일 이내에 위 의무를 이행하지 않을 때는 원고에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 1일 100,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</p>
결과	전부 기각
주문	원고의 항소와 이 법원에서 교환적으로 변경한 청구를 모두 기각한다.

#### 다. 쟁점 및 합의

피고의 이 사건 안내 행위가 장애인차별금지법을 위반한 차별행위인 점은 인정되었다. 그러나 원고가 삭제 혹은 수정을 구하는 내부 지침이 존재하지 않는다는 이유로 차별구제조치에 대한 청구는 기각되었다. 장애인식 개선 교육도 이미 실시하고 있다는 이유로 관련 청구가 기각되었다.

### 5. 청각장애인 중고차 대출거래 거절 사건 (#16)

#### 가. 사실관계

청각장애인인 원고는 피고에게 중고차 할부 대출 상담을 하였으나 거절 당하였다(이하 ‘이 사건 대출 거절행위’). 피고 소속 상담원은 이 과정에서 ‘청각장애인은 지점을 방문하더라도 대출이 불가능’하다고 안내하였다. 원고는 국가인권위원회에 이 사건 대출 거절행위가 장애인 차별행위에 해당한다는 진정을 하였으나 인권위는 진정을 기각하였다. 원고는 인권위의 기각 결정에 대하여 행정법원에 기각결정 취소소송을 제기하여 승소하였다.<sup>47)</sup>

47) 서울행정법원 2017. 12. 15. 선고 2017구합53439.

## 나. 사건개요

## (1) 제1심

사건번호	2018가합100329
원고	청각장애인 A
피고	甲 주식회사
법원	서울남부지방법원 제13민사부
소제기일	2018. 1. 9.
판결선고일	2018. 11. 23.
대리인 유무	있음 (소송구조)
청구취지	1. 피고는, 소속 직원 및 상담원들에 대하여 장애인이라는 이유만으로 금융상품 및 서비스에 관한 청약의 유인행위를 중지하거나 청약을 거절하지 아니하도록 조치하고, 원고가 중고자동차 할부 대출 상품에 관한 자세한 설명 및 안내를 받을 수 있도록 원고에게 방문이 가능한 피고의 지점을 안내하라. 2. 피고는 원고에게 5,000,000원 및 이에 대한 이 사건 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	전부 기각
주문	원고의 이 사건 청구를 기각한다.

## (2) 제2심

사건번호	2018나2069869
원고	청각장애인 A
피고	甲 주식회사
법원	서울고등법원 제32민사부
소제기일	2018. 12. 7.
화해권고성립일	2019. 7. 4.
대리인 유무	있음 (소송구조)
청구취지	피고는 원고에게 5,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 2018. 7. 12.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	화해권고결정
결정사항	1. 피고는 2019. 7. 13.까지 원고에게 700,000원을 지급한다. 만약 피고가 위 돈의 지급을 지체하는 경우에는, 미지급금액에 대하여 위 지급기일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급한다. 2. 원고는 나머지 청구를 포기한다.

#### 다. 쟁점 및 합의

법원은 이 사건 대출 거절행위가 피고 상담원의 업무미숙으로 인한 실수이고, 실질적으로 원고의 신용등급이 기준에 미달하여 대출이 거절될 수밖에 없었다며, 장애를 사유로 한 차별이 아니라고 판단하였다. 제2심에서는 화해권고결정을 통해 원고에게 일부 손해배상액이 인정되었고, 차별구제청구는 받아들여지지 않았다.

### 6. 시각장애인 대출거래 거절 사건 (#17)

#### 가. 사실관계

금융기관에서 시각장애인이 자필서명이 불가능하다는 이유로 대출을 거절한 사건이다. 화해권고 결정문에는 나와 있지 않으나, 차별구제조치로 ‘청각장애인 중고차 대출거래 거절 사건(#16)’과 마찬가지로 ① 장애인 고객에 대한 매뉴얼 작성 ② 장애인인권교육을 청구하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2017가합555506
원고	시각장애인 A
피고	1. 甲 조합 2. 乙 조합중앙회
법원	서울중앙지방법원 제22민사부
소제기일	2017. 8. 12.
화해권고성립일	2018. 9. 5. (확정)
대리인 유무	있음
청구취지	피고들은 연대하여 원고에게 5,000,000원과 이에 대하여 2017. 7. 14.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	화해권고결정
결정사항	1. 피고들은 연대하여 원고에게 3,000,000원을 이 사건 화해권고결정 확정일로부터 1개월 이내에 지급한다. 만일 피고들이 위 지급기일까지 위 금원을 지급하지 아니하는 경우 미지급 금액에 대하여 지급기일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급한다. 2. 원고의 나머지 청구를 포기하고, 원고와 피고들은 향후 이 사건과 관련하여 서로에게 일체의 법적 청구를 하지 아니한다.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 소송계속 중 차별행위가 중지된 경우

이 사건 원고는 ① 장애인 고객에 대한 매뉴얼 작성 ② 장애인인권교육을 내용으로 한 차별구제를 청구하였는데, 피고가 소송 과정에서 매뉴얼을 작성하여 내부 인트라넷에 게시하였다. 이처럼 소송 진행 중에 피고가 차별적 행위를 중지하는 등 원고가 청구하는 조치를 취하는 경우, 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다.

법원은 차별구제청구를 인용하거나 기각하는 대신, 화해절차를 활용했다. 원고가 구한 차별구제 내용은 이미 실현되었기 때문에 구제청구 부분을 기각하고 손해배상 부분에 대해서만 화해를 하게 되었다.

### (2) 조정 및 화해에 관한 제문제

이처럼 차별구제청구소송에서는 조정이나 화해 절차가 적극적으로 활용되고 있다. 만약 원고의 청구가 이미 실현되었다는 이유로 기각될 것이었다면, 조정 및 화해 절차가 긍정적으로 작용하는 점이 있는 것으로 평가할 수 있다.

## Ⅳ 여가

### 1. 시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건 (#18)

#### 가. 사실관계

원고 A, B, C는 시각장애인이고, D, E, F는 위 원고들과 동행하여 유원시설에 방문한 비장애인들이다. 피고는 유원시설을 운영하는 법인이다. 원고들은 자유이용권을 구매하여 유원시설에 입장하였다. 시각장애인 원고들은 비장애인 원고들과 함께 티익스프레스 등을 타려고 하였으나, 피고 소속 지원은 시각장애인이라는 이유로 A의 탑승을 거부하였다. 피고의 탑승 거부는 어트랙션 안전 가이드북에 따른 것으로, 위 가이드북에서는 스릴 레벨이 높거나 탑승자의 운전이 필요한 놀이기구 7종에 대하여 시각장애인의 이용을 제한하고 있다. 원고들은 자유이용권 구매 당시 시각장애인의 놀이기구 이용이 제한된다는 사실을 고지받은 바 없고, 어떠한 위험이 초래되는지 충분

한 설명도 듣지 못한 놀이기구 이용을 거부하였으므로 피고의 채무불이행에 해당하고, 장애인 차별행위에 해당하므로 위자료를 지급하고 가이드북의 수정을 청구하였다. 현재 피고의 항소로 항소심 계속 중이다.<sup>48)</sup>

#### 나. 사건개요

사건번호	2015가합553445
원고	시각장애인 A~F
피고	甲 주식회사
법원	서울중앙지방법원 제37민사부
소제기일	2015. 8. 24.
판결선고일	2018. 10. 11.
대리인 유무	있음
청구취지	<p>1. 피고는 원고 A에게 9,000,000원, 원고 B, C에게 각 3,000,000원, 원고 D에게 4,500,000원, 원고 F, E에게 각 1,500,000원 및 각 이에 대하여 2015. 5. 15.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하고, 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 중 일부 기재를 주문 제2항 기재와 같이 변경하라.</p> <p>2. 피고는,</p> <p>가. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘더블락스핀’ 항목의 “갑작스런 회전에 대비하기 위해서는 양 손과 다리를 사용할 수 있어야 하며, 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “하며, 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야” 부분을 삭제하라.</p> <p>나. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘롤링 엑스 트레인’ 항목의 “360도 회전과 빠른 움직임을 대비하기 위해 양 손과 다리를 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 적절한 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>다. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘렛츠 트위스트’ 항목의 “빠르고 예측 불가능한 회전에 대비하기 위해서 양 손과 다리를 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 움직임을 예측할 수 있는 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>라. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘챔피언 쉽 로데오’ 항목의 “예측할 수 없는 움직임과 빠른 회전으로 인해 양 손과 다리를 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “하며, 적절한 시력을 가지고 있어야” 부분을 삭제하라.</p> <p>마. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 12면 ‘범퍼카’ 항목의 “범퍼카 탑승을 위해서는 정상적인 힘을 쓸 수 있는 손과 다리, 적절한 시력이 필요합니다.”라는 기재를 “범퍼카 탑승을 위해서는 정상적인 힘을 쓸 수 있는 손과 다리, 운전을 위해서는 적절한 시력이 필요합니다.”라고 수정하라.</p>

48) 서울고등법원 2018나2062769.

	<p>바. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 15면 ‘티익스프레스(T-EXPRESS)’ 항목의 “급경사와 급회전 코스의 빠른 움직임에 대비하기 위해 양 손을 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 적절한 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>사. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 20면 ‘더블락스핀’, ‘렛츠 트위스트’, ‘롤링 엑스 트레인’, ‘챔피언 쉽 로데오’, ‘허리케인’, ‘범퍼카’, ‘티익스프레스(T-EXPRESS)’ 각 항목의 시각장애인 탑승 제한을 의미하는 기호를 모두 삭제하라.</p> <p>3. 만일 피고가 이 판결 선고일부터 60일 이내에 위 제2항 기재 의무를 이행하지 아니할 때에는 원고 A, B, C에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 각 1일 100,000원의 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.</p> <p>4. 원고 D, E, F의 이 사건 각 청구 중, 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’에 대한 변경 청구 부분을 각하하고, 금전지급청구 부분은 기각하며, 원고 A, B, C의 각 나머지 청구를 기각한다.</p>
결과	원고 일부승소 (시각장애인 원고들의 구제청구 및 일부 손해배상청구 인용)
주문	<p>1. 피고는 원고 A, B, C에게 각 2,000,000원 및 각 이에 대하여 2015. 5. 15.부터 2018. 10. 11.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.</p> <p>2. 피고는,</p> <p>가. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘더블락스핀’ 항목의 “갑작스런 회전에 대비하기 위해서는 양 손과 다리를 사용할 수 있어야 하며, 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “하며, 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야” 부분을 삭제하라.</p> <p>나. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘롤링 엑스 트레인’ 항목의 “360도 회전과 빠른 움직임에 대비하기 위해 양 손과 다리를 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 적절한 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>다. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘렛츠 트위스트’ 항목의 “빠르고 예측 불가능한 회전에 대비하기 위해서 양 손과 다리를 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 움직임을 예측할 수 있는 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 움직임을 예측할 수 있는 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>라. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 8면 ‘챔피언 쉽 로데오’ 항목의 “예측할 수 없는 움직임과 빠른 회전으로 인해 양 손과 다리를 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “하며, 적절한 시력을 가지고 있어야” 부분을 삭제하라.</p> <p>마. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 12면 ‘범퍼카’ 항목의 “범퍼카 탑승을 위해서는 정상적인 힘을 쓸 수 있는 손과 다리, 적절한 시력이 필요합니다.”라는 기재를 “범퍼카 탑승을 위해서는 정상적인 힘을 쓸 수 있는 손과 다리, 운전을 위해서는 적절한 시력이 필요합니다.”라고 수정하라.</p> <p>바. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 15면 ‘티익스프레스(T-EXPRESS)’ 항목의 “급경사와 급회전 코스의 빠른 움직임에 대비하기 위해 양 손을 정상적으로 사용할 수 있어야 하며, 허리와 등, 목을 지지할 수 있는 힘과 적절한 시력을 가지고 있어야 합니다.”라는 기재 중 “과 적절한 시력” 부분을 삭제하라.</p> <p>사. 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’ 20면 ‘더블락스핀’, ‘렛츠 트위스트’, ‘롤링 엑스 트레인’, ‘챔피언 쉽 로데오’, ‘허리케인’, ‘범퍼카’, ‘티익스프레스(T-EXPRESS)’ 각 항목의 시각장애인 탑승 제한을 의미하는 기호를 모두 삭제하라.</p>

	<p>3. 만일 피고가 이 판결 선고일로부터 60일 이내에 위 제2항 기재 의무를 이행하지 아니 할 때에는 원고 A, B, C에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 각 1일 100,000원의 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.</p> <p>4. 원고 D, E, F의 이 사건 각 청구 중, 에버랜드 ‘어트랙션 안전 가이드북’에 대한 변경 청구 부분을 각하하고, 금전지급청구 부분은 기각하며, 원고 A, B, C의 각 나머지 청구를 기각한다.</p>
--	--

#### 다. 쟁점 및 합의

##### (1) 소송계속 중 차별행위가 중지된 경우

차별이 시정되었더라도 차별이 반복될 가능성이 있는 경우에는 소의 이익을 인정할 수 있다. 이 사건의 경우, 지속적인 차별을 예방하기 위해서 가이드북을 수정하는 을 청구하였지만, 놀이기구 탑승을 허용하라고 청구하였다면 피고가 1회적으로 탑승을 허용하더라도 차별의 반복가능성을 고려하여 소의 이익을 적극적으로 검토하여야 할 것이다.

##### (2) 원고와 청구내용의 관련성 정도

차별구제청구가 인용되기 위해서 ‘원고’와 관련해서 어떤 요건이 요구되는지 문제된다. 구체적으로는 (i) 원고가 과거에 차별행위로 인한 피해를 겪었을 것이 요구되는지, (ii) 원고에게 청구내용과의 직접적인 관련성이 요구되는지, 추상적인 관련성으로 충분한지 등이 문제된다.

이 사건에는 해당 유원시설에 한 번도 가지 않은 시각장애인이 원고가 될 수 있을지 문제 될 수 있다. 시각장애인을 배제하는 가이드북이 있으므로 시각장애인이 해당 유원시설에 가면 탑승이 거부당할 것이 명백하므로 해당 유원시설에 가지 않은 시각장애인도 원고가 될 수 있다고 생각한다.

##### (3) 소송계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생한 경우

소송계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생하는 경우가 있다. 이 사건에서 제1심 판결 후 피고가 관련 가이드북 규정을 임의로 변경하여 항소심에서 청구취지 변경이 필요한 상황이다.<sup>49)</sup> 다른 소송에서는 피고가 패소 후 판결에 따라 바꾼 가이드북 규정을 다시 바꾼 경우도 있다. 이러한 경우 기판력의 저촉 여부가 문제 될 것이다.

49) 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절)

피고에게 시각장애인의 탑승을 거부하지 말라고 하지 않고, 가이드북 수정을 요구하는 것으로 청구취지를 정한 것은 대세적인 파급효를 높이기 위한 판단이었다.<sup>50)</sup> 이와 관련하여 결과적 차별 개선이 아니라 가이드북 수정까지 요구하는 것은 지나친 경영간섭이라는 주장도 있을 수 있으나, 피고가 이러한 주장을 하지는 않았다.

#### (4) 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적정한 소송지휘 방법

청구의 특정에 있어서는 법원의 적정한 소송지휘가 필요할 수 있는데, 이러한 법원의 소송지휘와 민사소송법상 당사자주의의 관계가 쟁점이 된다. 구체적으로는 (i) 청구취지의 특정을 위한 소송지휘, (ii) 가능한 일부인용판결의 범위, (iii) 청구취지 특정을 위한 법원의 적정한 석명권 행사 방법이 문제된다.

질적 일부에 해당하는 일부인용판결을 내리는 것이 가능한지와 관련하여, 이 사건 소송을 대리한 김재왕는 양적 일부인용이 가능할 것으로 보았다.<sup>51)</sup> 영화관소송에서 청구취지도 재판부가 수량을 조절할 수 있게 만든 경험에 비추어 질적으로도 불가능할 것 같지는 않다고 보았다. 지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건의 경우, 주위적으로 가이드북 삭제, 예비적으로 가이드북 수정이었는데, 최종적으로 나온 주문은 재판부가 임의로 수정한 내용이었다. 하지만 이에 대해 처분권주의 위반이라고 보지는 않았다.

#### (5) 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

이 사건에서 장래 탑승을 거부하지 않을 것을 청구하였다면, 피고가 장래 이행청구라는 주장을 할 수도 있을 것이다.

하지만 시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)처럼, 피고의 차별금지의무는 이미 발생하였고, 이에 대응한 원고의 이행청구권을 행사하는 것이므로 장래이행의 청구는 아니라고 보는 것이 타당하다.

50) 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절)

51) 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절)

## 2. 지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건 (#19)

### 가. 사실관계

원고들은 지적장애가 있는 미성년자와 그의 부모들로, 연간회원으로서 유원시설에 방문하여 우주 전투기에 탑승하였는데, 피고 소속 직원들이 미성년자녀들에게 지적장애가 있다는 것을 확인한 후 과거 이 놀이기구를 이용한바 있는 부모들의 설명에도 불구하고 미성년자들의 놀이기구 이용을 거부하였다. 거부 당시에는 가이드북에 “우주 전투기는 탑승 중 보호자의 통제가 어렵고 안전확보가 반드시 필요한 시설로 정신적 장애가 있으신 분은 보호자가 동반하여도 이용하실 수 없습니다.”라고 기재되어 있었다. 소 제기 후 피고는 위 가이드북에 “우주 전투기는 탑승 중 보호자의 통제가 어렵고 안전확보가 반드시 필요한 시설로 정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의주시기 바랍니다.”라고 기재되어 있어 보호자 동반 등의 조건 하에 지적장애인에 대하여 위 놀이기구의 이용을 허용하고 있다.

### 나. 사건개요

사건번호	2014가합593279
원고	지적장애가 있는 미성년자 A와 그 부모 B, C 지적장애가 있는 미성년자 D와 그 부모 E, F
피고	甲 주식회사
법원	서울중앙지방법원 제12민사부
소제기일	2014. 12. 19.
판결선고일	2015. 9. 4.
대리인 유무	있음
청구취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고들에게 각 5,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 원고 A, B, C에 대하여는 2014. 6. 15.부터, 원고 D, E, F에 대하여는 2014. 8. 24.부터 각 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.</li> <li>2. 피고는, <ol style="list-style-type: none"> <li>가. 주위적으로, g ‘어트랙션 안전 가이드북’(이하 ‘이 사건 가이드북’이라 한다) 12면 ‘우주 전투기’ 항목의 “우주전투기는 탑승 중 보호자의 통제가 어렵고 안전확보가 필요한 시설로 정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의주시기 바랍니다.”라는 기재를 삭제하고,</li> <li>나. 예비적으로, 위 가.항 기재를 “우주전투기는 고공에서 빠르게 회전하는 시설로 자신의 안전을 저해할 우려가 있는 경우는 탑승 전 근무자에게 문의하시기 바랍니다.”라고 수정하라.</li> </ol> </li> <li>3. 만일 피고가 이 판결 선고일부터 60일 이내에 제2항 기재 의무를 이행하지 아니할</li> </ol>

	때에는 원고들에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 1일 100,000원의 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.
결과	일부 인용(손해배상 일부, 차별구제조치 일부 인용)
주문	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고 A, D에 대하여 각 3,000,000원, 원고 B, C, E, F에게 각 1,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 원고 A, B, C에 대하여는 2014. 6. 15.부터, 원고 D, E, F에 대하여는 2014. 8. 24.부터 각 2015. 9. 4.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.</li> <li>2. 피고는 g ‘어트랙션 안전 가이드북’ 12면 ‘우주 전투기’ 항목의 “우주전투기는 탑승 중 보호자의 통제가 어렵고 안전확보가 필요한 시설로 정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의주시기 바랍니다.”라는 기재 중 ‘정신적 장애가 있으신 분은’ 부분을 ‘신체적 또는 정신적으로 불안정하여 탑승 시 자신의 안전을 저해할 우려가 있는 분은’으로 수정하라.</li> <li>3. 만일 피고가 이 판결 선고일로부터 60일 이내에 제2항 기재 의무를 이행하지 아니할 때에는 원고들에게 위 기간 만료일 다음 날부터 의무 완료일까지 1일 100,000원의 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.</li> </ol>

#### 다. 쟁점 및 합의

##### (1) 재량권의 존부 및 그 법적 근거

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제판결에 관한 재량이 인정되는지, 인정된다면 그 법적 근거는 무엇인지 문제된다.

법원은 “장애인차별금지법 제48조 제2항, 제3항은 법원이 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있고, 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 위 조문의 문언상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적구체적 타당성을 고려하여 차별구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 상당하다.”고 판시하여 재량권을 인정하고 있다.

##### (2) 재량의 구체적인 의미

차별구제청구소송에서 법원에게 차별구제조치에 관한 재량이 인정된다면, 재량의 구체적인 의미, 재량의 범위와 내용이 문제된다.

법원은 “정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의주시기 바랍니다.”라는 기재를 삭제하라는 주위적 청구에 대하여, “탑승 전 근무자에게 먼저 문의하는 것 자체는 피고의 근무자로 하여금 보호자 동반 여부, 장애인 본인의 장애 정도 및 이상행동 시 보호자의 통제 가능 여부 등을 살펴보고 필요한 사항을 고지하기 위한 것으로서 지적장애인의 안전을 위하여 필수 불가결할 뿐만 아니라, 피고의 입장에서 위와 같은 조치를 취할 수 있는 기회를 가짐으로써, 그와 같은 조치를 취하였음에도 불구하고 안전사고가 발생할 경우 손해배상책임이 면제되거나 경감될 수 있도록 하는 것이므로, 위 조항 자체를 삭제하는 것은 타당하지 아니하다”고 하면서, “위 기재 부분 중 ‘정신적 장애가 있으신 분’ 부분을 ‘신체적 또는 정신적으로 불안정하여 탑승 시 자신의 안전을 저해할 우려가 있는 분’으로 수정하는 것이 적절하다.”고 판단하였다. 이는 원고가 예비적으로 “자신의 안전을 저해할 우려가 있는 경우”로 수정하라고 청구한 것을 재량권을 행사하여 일부 수정하여 받아들인 것으로 보인다.

### (3) 간접강제를 통한 차별구제판결의 집행

간접강제를 통해 차별구제판결의 집행하는 것과 관련해서, 간접강제의 절차와 요건이 문제된다.

이 사건의 경우 재판부가 수정을 명한 부분에 관하여는 간접강제 청구를 인용하였는데, 피고 운영시설의 규모와 운영형태, 차별행위의 태양이나 경위, 장애인차별금지법의 입법 목적과 취지 등을 고려하여 신속하게 수정할 필요성이 큰지를 판단하였다.<sup>52)</sup>

## 3. 뇌병변장애인 여행 상품 판매 거부 사건 (#20)

### 가. 사실관계

원고는 뇌병변장애를 가진 사람으로 관광사업자인 피고가 판매하는 패키지 여행상품을 예약하려다가 거부당하자, 장애인차별금지법상 차별행위에 해당한다고 주장하면서 차별구제조치와 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다. 피고 답변서 제출 후 재판부가 조정회부결정을 하였고, 강제조정이 성립하였다.

52) “이 사건 유원시설의 규모나 운영형태, 피고의 원고들에 대한 차별행위의 태양이나 경위, 장애인차별금지법의 입법 목적과 취지 등에 비추어 피고로 하여금 이 사건 기재 내용을 위와 같이 신속하게 수정하게 할 필요성이 큰 점 등을 고려하여, 장애인차별금지법 제48조 제3항에 따라 피고가 위와 같은 의무를 위반한 때에는 위반한 1일마다 간접강제금을 지급하도록 하되, 그 액수는 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정들을 참작하여 매일 100,000원으로 정한다.”

## 나. 사건개요

사건번호	2019머534733 (2019가합505192)
원고	뇌병변장애인 A
피고	주식회사 甲
법원	서울중앙지방법원 상임조정위원
소제기일	2019. 2. 1.
조정성립일	2019. 10. 11.
대리인 유무	있음
청구취지	1. 피고는, 가. 장애 유형, 정도, 특성, 이에 따른 정당한 편의 및 장애인의 자기결정권에 관한 내용이 포함된 장애인 고객 응대 매뉴얼을 제작하고, 나. 여행상품 예약 및 안내 업무를 담당하는 소속 직원들에게 위 가항 기재 매뉴얼을 배포하고, 그 내용을 바탕으로 한 장애인 인식 개선 교육을 시행하라. 2. 피고는 원고에게 5,000,000원 및 이에 대하여 2019. 1. 4.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
결과	강제조정
결정사항	1. 피고는 원고에게 2,000,000원을 2019. 10. 18.까지 지급한다. 다만 지급방법은 원고 명의의 계좌(우체국 은행 503839 *****)로 송금하며, 이를 지체한 경우에는 미지급금 및 이에 대하여 2019. 10. 19.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급한다. 2. 피고는 장애인 고객 응대 매뉴얼로 별지 모두투어 응대 매뉴얼을 제작하였음을 확인하며, 여행상품 예약 및 안내 업무를 담당하는 소속 직원들에게 위 매뉴얼을 배포하고, 그 내용을 바탕으로 한 장애인 인식 개선 교육을 시행한다. 3. 원고는 나머지 청구를 포기한다. 4. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담한다. 5. 원고와 피고는 이 사건과 관련하여 더 이상 민형사상 이익을 제기하기 아니하며, 양자 사이에 이 결정내용 이외에는 어떠한 채권채무 관계도 존재하지 아니함을 확인한다.

## 다. 쟁점 및 함의

이미 종료된 차별행위, 장래에 발생할 것으로 예상되는 차별행위나 반복적 차별행위에 대해서, 어떤 청구취지와 주문을 통해서 구제받을 수 있는지 문제가 된다.

이 사건의 경우 원고가 여행상품 가입을 거부하지 않도록 하거나, 여행상품을 가입할 수 있도록 하는 등의 직접적인 차별구제조치를 청구하지 않았고, 매뉴얼 제작과 장애인 인식개선교육의 실시를 청구하였다. 그리고 조정과정에서 피고들이 고객 응대 매뉴얼을 직접 제작하였고, 이를 기초

로 장애 인식 개선 교육을 실시하기로 함으로써 강제조정이 성립하였다.

#### 4. 시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건 (#21)

##### 가. 사실관계

전맹, 저시력 시각장애인과 농인, 난청인 청각장애인들이 자막이나 화면해설과 같은 편의를 제공 받지 못해 영화를 관람할 수 없는 현실을 개선하고자 우리나라 대표 멀티플렉스 상영업체를 상대로 편의제공을 요구하는 소송을 제기하였다. 현재 항소심 계속 중이다.<sup>53)</sup>

##### 나. 사건개요

사건번호	2016가합508596
원고	전맹(A), 저시력(B) 시각장애인과 농인(C), 난청인(D) 청각장애인
피고	1. 甲 주식회사, 2. 乙 주식회사, 3. 丙 주식회사
법원	서울남부지방법원 제13민사부
소제기일	2016. 2. 17.
판결선고일	2017. 12. 7.
대리인 유무	있음
청구취지 <sup>54)</sup>	주문과 같음
결과	전부 인용
주문	1. 피고들은 원고들이 장애인이 아닌 사람과 동등하게 영화를 관람할 수 있도록 가. 원고들이 관람하고자 하는 영화 중 제작업자 또는 배급업자 등으로부터 화면해설 또는 자막 파일을 제공받은 영화에 관하여 원고 A, B에게 화면해설을, 원고 C, D에게 자막을 각 제공하고, 나. 원고 C에게 FM 보청기기를 각 제공하라. 2. 피고들은 원고들이 영화 및 영화관에 관한 정보에 접근할 수 있도록 가. 원고들에게 웹 사이트를 통하여 화면해설 또는 자막을 제공하는 영화와 그 상영관 및 상영시간 그 밖에 장애인에게 제공할 수 있는 편의의 내용을 각 제공하고, 나. 영화상영관에서는 원고 A, B에게 점자 자료 또는 큰 활자로 확대된 문서를, 원고 C, D에게 한국수어 통역 또는 문자에 의한 정보를 각 제공하라.

53) 서울고등법원 2018나2001559.

54) 소 제기 시 청구취지는 아래와 같았다.

1. 피고들은 원고들이 장애인이 아닌 사람과 동등하게 영화를 관람할 수 있도록  
 원고 A, B에게 화면해설을  
 원고 C, D에게 자막을  
 원고 C에게 FM 보청기기를  
 원고들에게 장애인을 위한 영화 관련 정보를 원고들이 접근할 수 있는 방법으로 각 제공하라.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

제1심에서는 특별히 문제되지 않았으나, 항소심에서는 원고들이 모든 장애인을 대표하는 것이 아니므로 원고들이 주로 이용할 극장으로 대상을 한정해야 하는지 문제되었다. 이에 대해 원고들은 비장애인들도 집이나 회사 근처의 극장만 이용하는 것은 아니고, 전국의 어느 극장에 가더라도 편의가 제공되어야 하므로 대상을 한정할 수 없다고 주장하였다.

### (2) 요구되는 청구취지 특정의 정도

차별구제청구소송의 청구취지가 적어도 어느 정도 특정이 되어 있어야 하는지가 쟁점이 된다. 관련해서, 청구의 이행가능성이나 집행가능성도 청구의 특정 정도에 있어서 고려요소가 될 수 있는지도 문제된다.

이 소송은 아래와 같은 부분이 특정과 관련하여 문제되었다.

“원고들이 관람하고자 하는 영화 중 제작업자 또는 배급업자 등으로부터 화면해설 또는 자막 파일을 제공받은 영화에 관하여”

피고의 문제제기에 따라 법원이 청구취지 특정을 문제 삼았고, 이에 항소심에서 변경된 청구취지는 다음과 같다.

1. 피고들은 원고들이 장애가 없는 사람과 동등하게 영화를 관람할 수 있도록
  - 가. 원고들이 관람하고자 하는 영화 중 제작업자, 배급업자 또는 영화진흥위원회 등으로 부터 화면해설 또는 자막을 제공받은 영화에 관하여,
    - (1) 원고 A, B에게는 스피커에서 화면해설이 나오는 방식이나,
 

피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 화면해설 수신기기(서버에서 영화의 화면해설 파일을 전송받아 송출해주는 태블릿 등 수신기와 이어폰을 말한다)를 구비하고 상영관 내 설치한 서버 또는 온라인 서버에서 화면해설 파일을 화면해설 수신기기에 전송하는 방식으로 화면해설을,
    - (2) 원고 C, D에게는 스크린에 자막을 띄우는 방식이나,
 

피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 자막 수신기기(서버에서

영화의 자막 파일을 전송받아 출력해주는 태블릿, 스마트안경 등의 수신기를 말하며, 필요한 경우 거치대를 포함한다)를 구비하고 (1)항의 서버에서 자막 파일을 자막 수신기기에 전송하는 방식으로 자막을, 각 제공하고,

나. 원고 D에게는 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 1개 이상의 FM 보청기기[영화의 소리(영화에 포함된 대사, 음향, 음악을 말한다)를 송신기에서 라디오 주파수 등을 통해 무선으로 수신기로 전송하는 기기 일체를 말한다]를 구비하고, 제공하라.

2. 피고들은 원고들이 장애가 없는 사람과 동등하게 영화 및 상영관에 관한 정보에 접근할 수 있도록

가. 원고들에게 웹 사이트를 통하여 화면해설 또는 자막을 제공하는 영화와 그 상영관 및 상영시간 그 밖에 장애인에게 제공할 수 있는 편의의 내용을 각 제공하고,

나. 상영관에서는 장애 유형과 정도, 특성을 고려하여

(1) 원고 A, B에게 대피로, 그 밖에 피고들이 시각적으로 제공하는 정보를 점자 자료, 큰 활자로 확대된 문서, 확대경, 인쇄물 접근성 바코드 또는 음성파일 등으로,

(2) 원고 C, D에게 영화표 및 식·음료 구매 안내, 그 밖에 피고들이 음성으로 제공하는 정보를 한국수어 통역, 문자 등으로 각 제공하라.

3. 이 판결 선고일부터 6월 이후에 피고가 전 2항의 의무를 이행하지 않은 때에는(피고가 원고에 앞서 다른 장애인에게 화면해설 수신기기, 자막 수신기기, FM 보청기기를 제공하여 제1항 의무를 이행하지 못한 경우는 제외한다) 이행하지 않은 행위별로 1일 500,000원을 편의를 제공하지 않은 원고에게 각 지급하라.

### (3) 주위적·예비적 청구, 선택적 청구의 가부

차별을 시정할 수 있는 방법이 여러가지 존재하는 경우에 가능한 청구취지가 문제된다. 원고가 여러 차별시정 방법들을 병렬적으로 병합해서 청구할 수 있는지, 혹은 순서를 붙이거나 선택적으로 청구할 수 있는지 쟁점이 된다.

이 사건에서는 항소심에서 원고들은 아래와 같이 피고들이 화면해설과 자막 시스템을 오픈형이나 폐쇄형 중 선택할 수 있도록 하는 내용의 청구취지를 제안하였다.

- (1) 원고 A, B에게는 스피커에서 화면해설이 나오는 방식이나,  
 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 화면해설 수신기기(서버에서 영화의 화면해설 파일을 전송받아 송출해주는 태블릿 등 수신기와 이어폰을 말한다)를 구비하고 상영관 내 설치한 서버 또는 온라인 서버에서 화면해설 파일을 화면해설 수신기기에 전송하는 방식으로 화면해설을,
- (2) 원고 C, D에게는 스크린에 자막을 띄우는 방식이나,  
 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 자막 수신기기(서버에서 영화의 자막 파일을 전송받아 출력해주는 태블릿, 스마트안경 등의 수신기를 말하며, 필요한 경우 거치대를 포함한다)를 구비하고 (1)항의 서버에서 자막 파일을 자막 수신기기에 전송하는 방식으로 자막을, 각 제공하고, (이하 생략)

(4) 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적정한 소송지휘 방법

청구의 특정에 있어서는 법원의 적정한 소송지휘가 필요할 수 있는데, 이러한 법원의 소송지휘와 민사소송법상 당사자주의의 관계가 쟁점이 된다.

이 사건 항소심에서는 재판부의 지휘로 아래와 같이 청구취지의 일부 내용을 삭제하는 것으로 청구취지가 정정되었다.<sup>55)</sup>

1. 피고들은 원고들이 장애가 없는 사람과 동등하게 영화를 관람할 수 있도록  
 가. 원고들이 관람하고자 하는 영화 중 제작업자, 배급업자 또는 영화진흥위원회 등으로부터 화면해설 또는 자막을 제공받은 영화에 관하여,  
 (1) 원고 A, B에게는 스피커에서 화면해설이 나오는 방식이나,  
 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 화면해설 수신기기(서버에서 영화의 화면해설 파일을 전송받아 송출해주는 태블릿 등 수신기와 이어폰을 말한다)를 구비하고 상영관 내 설치한 서버 또는 온라인 서버에서 화면해설 파일을 화면해설 수신기기에 전송하는 방식으로 화면해설을,  
 (2) 원고 C, D에게는 스크린에 자막을 띄우는 방식이나,  
 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 2개 이상의 자막 수신기기(서버에서 영화의 자막 파일을 전송받아 출력해주는 태블릿, 스마트안경 등의 수신기를 말하며, 필요한 경우 거치대를 포함한다)를 구비하고 (1)항의 서버에서 자막 파일을 자막 수신기기에 전송하는 방식으로 자막을,

55) 삭제된 내용을 표시하기 위해서 본 보고서에서는 삭선으로 처리하였다.

- 각 제공하고,
- 나. 원고 D에게는 피고들이 운영하는 모든 상영관에 스크린당 1개 이상의 FM 보청기기[영화의 소리(영화에 포함된 대사, 음향, 음악을 말한다)를 송신기에서 라디오 주파수 등을 통해 무선으로 수신기로 전송하는 기기 일체를 말한다]를 구비하고, 제공하라.
2. 피고들은 원고들이 장애가 없는 사람과 동등하게 영화 및 상영관에 관한 정보에 접근할 수 있도록
- 가. 원고들에게 웹 사이트를 통하여 화면해설 또는 자막을 제공하는 영화와 그 상영관 및 상영시간 그 밖에 장애인에게 제공할 수 있는 편의의 내용을 각 제공하고,
- 나. 상영관에서는 장애 유형과 정도, 특성을 고려하여-
- (1) 원고 A, B에게 대파로, 그 밖에 피고들이 시각적으로 제공하는 정보를 점자자료, 큰 활자로 확대된 문서, 확대경, 인쇄물 접근성 바코드 또는 음성파일 등으로,
- (2) 원고 C, D에게 영화표 및 식·음료 구매 안내, 그 밖에 피고들이 음성으로 제공하는 정보를 한국수어 통역, 문자 등으로 각 제공하라.
3. 이 판결 선고일부터 6월 이후에 피고가 전 2항의 의무를 이행하지 않은 때에는(피고가 원고에 앞서 다른 장애인에게 화면해설 수신기가, 자막 수신기가, FM보청기기를 제공하여 제1항 의무를 이행하지 못한 경우는 제외한다) 이행하지 않은 행위별로 1일 500,000원을 편의를 제공하지 않은 원고에게 각 지급하라.

#### (5) 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

항소심에서 피고들은 원고들의 청구가 장래이행의 청구에 해당하고 미리 청구할 필요가 없으므로 부적법하다고 주장하였다. 이에 대해 원고들은 장애인차별금지법에 근거하여 피고들에게 차별금지의무가 발생하였고, 원고들은 위 의무에 대응한 이행청구권(정당한 편의제공청구권)을 가지고 있으며, 위 이행청구권은 2015. 4. 11.부터 언제든지 청구할 수 있는 것으로 이미 이행기가 도래하였기 때문에 이행의 청구가 아니라고 반박하였다.

#### (6) 법원의 재량권의 존부 및 그 법적 근거, 재량의 구체적인 의미

법원은 “장애인차별금지법 제48조 제2항은 법원이 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 규정하면서도, 위와 같은 적극적 조치의 예시적 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 않으므로, 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 타당하다.”고 보았다.

또한 법원은 “장애인차별금지법 제48조 제3항은 적극적 조치 명령 판결에 관하여 강제집행으로 실효성을 확보하도록 하고 있으므로 법원이 명하려는 적극적 조치가 이행가능성과 특정

가능성을 모두 갖추어 유효한 강제집행이 가능한 것인지 여부도 물론 고려되어야 한다.”고 판단하였다.

#### (7) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

이 사건의 경우 재판부는 “이 사건에 있어서 원고들이 청구하고 있는 조치는 장애인인 원고들이 장애인 아닌 사람과 동등한 수준으로 영화를 관람하고 영화 관련 정보에 접근·이용하기 위하여 필수적이고 적절한 조치로 보인다.”고 판단하였다.

### 5. 항공사 홈페이지 웹 접근성 보장 청구 사건 (#22)

#### 가. 사실관계

시각장애인들이 항공사를 상대로 웹 접근성을 갖출 것을 청구함과 아울러 차별적 조치로 인해 받은 정신적 피해에 대한 손해배상을 청구하였다. 소송과정에서 시각장애인의 웹 접근성을 보장하기 위해 2014. 5. 31.까지 공식 홈페이지를 한국형 웹콘텐츠 접근성 지침 2.0(KWCAG 2.0)에 따라 수정, 보완하기로 하는 조정이 성립하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2013가합102207
원고	시각장애인 10인
피고	주식회사 甲
법원	서울남부지방법원 제12민사부
소제기일	2013. 4. 22
조정성립일	2013. 9. 12
대리인 유무	있음
청구취지	정보없음
결과	조정성립

결정사항	1. 피고는 2014. 5. 31.까지 피고의 홈페이지를 KWCAG 2.0(한국형 웹콘텐츠 접근성 지침 2.0)에 따라 수정·보완한다. 피고는 피고의 홈페이지가 위 지침에 미치지 못하는 점이 있는 경우 피고의 홈페이지를 위 지침에 따라 2014. 11. 30.까지 수정·보완한다. 2. 원고들의 나머지 청구를 모두 포기한다.
------	--

#### 다. 쟁점 및 합의

청구권이 있음을 주장하는 것 외에 추가적인 원고적격 관련 요건(예컨대 구체적인 차별행위 피해의 당사자인지 여부, 청구내용과의 직접적인 관련성, 추상적인 이해관계로 충분한지 여부)이 요구되는지 문제 될 수 있다.

하지만 이 사건에서는 해당 웹 사이트에 실제 접근을 시도한 사람을 원고로 하였다고 한다.<sup>56)</sup>

### 6. 시각장애인 체육시설 이용 거부 사건 (#23)

#### 가. 사실관계

시각장애가 있는 원고가 서울 강남구 스포츠 문화센터의 요가 프로그램을 신청하고 요가 동작에 필요한 보조 인력을 요청하였다가 거절당했다. 강남구 도시관리공단을 상대로 소송을 제기하였다가 예비적 피고로 강남구청이 추가되었다. 소송 중 피고들이 원고의 구제청구내용을 수용하겠다는 의사를 밝혀 재판부의 권유에 따라 조정이 성립하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2012가합540783
원고	시각장애인 A
피고	서울특별시강남구 도시관리공단, 서울특별시 강남구
법원	서울중앙지방법원 제25민사부
소제기일	2012. 11. 29.
조정성립일	2013. 12. 6.
대리인 유무	있음

56) 연형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

청구취지	<p>가. 주위적 청구취지</p> <p>피고 서울특별시강남구 도시관리공단은 ① 강남스포츠클럽문화센터에서 시각장애인이 참여할 수 있는 체육활동 프로그램을 운영하고, ② 강남스포츠클럽문화센터의 체육활동 정보를 시각장애인의 접근성이 보장되는 웹 사이트, 점자 자료 또는 표준텍스트파일 등으로 시각장애인에게 제공하며, ③ 원고가 강남스포츠클럽문화센터에서 요가프로그램을 수강할 수 있도록 필요한 보조인력을 제공하라.</p> <p>나. 예비적 청구취지</p> <p>피고 서울특별시 강남구는 ① 강남스포츠클럽문화센터에서 시각장애인이 참여할 수 있는 체육활동 프로그램을 운영하고, ② 강남스포츠클럽문화센터의 체육활동 정보를 시각장애인의 접근성이 보장되는 웹 사이트, 점자 자료 또는 표준텍스트파일 등으로 시각장애인에게 제공하며, ③ 원고가 강남스포츠클럽문화센터에서 요가프로그램을 수강할 수 있도록 필요한 보조인력을 제공하라.</p>
결과	강제조정 성립
결정사항	<p>1. 피고들은,</p> <p>가. 시각장애인인 원고가 강남스포츠클럽문화센터에서 요가프로그램 내지 헬스프로그램을 수강하고 이에 수반하여 탈의실과 샤워실을 이용할 수 있도록 원고에게 필요한 여성보조인력을 제공하되, 그 제공의무를 2014. 1. 1.까지 이행하고,</p> <p>나. 시각장애인에게 강남스포츠클럽문화센터의 체육활동 프로그램과 시설이용에 관한 정보를 점자 자료와 표준텍스트파일의 형태로 제공하고 시각장애인의 접근성이 보장되는 웹 사이트를 통하여서도 제공하되, 점자 자료와 표준텍스트파일 형태의 제공의무는 2014. 6. 30.까지, 웹 사이트를 통한 제공의무는 2014. 12. 31.까지 이를 이행한다.</p> <p>2. 원고의 피고들에 대한 나머지 청구는 포기한다.</p>

#### 다. 쟁점 및 합의

원고는 피고 서울특별시강남구 도시관리공단을 상대로 차별구제청구소송을 제기하였다가 소송 계속 중 피고 서울특별시 강남구를 추가하였고, 청구취지도 주위적, 예비적 청구로 변경하였다.

국가나 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제 될 수 있다. 이 사건의 경우 이미 민사법원에서 소송계속 중 피고 서울특별시 강남구가 추가되었는데, 피고 서울특별시 강남구가 관할 위반을 주장하지는 않았다.

또한, 국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송의 경우, 이러한 소송이 행정소송법상의 당사자소송 또는 강학상 의무이행소송에 해당하는지 문제된다. 피고 서울특별시 강남구는 의무이행소송이 허용되지 않는다는 이유로 예비적 청구가 기각되어야 한다고 주장하였다.

## 7. 온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구 사건 (#24)

### 가. 사실관계

원고(선정자) 및 별지 3 선정자 명단 기재 선정자들 963명(이하 ‘원고 등’)은 좋은 눈의 시력이 0.6 이하인 사람들로서 장애의 정도가 심한 시각장애인들이고, 피고들은 온라인 쇼핑몰 웹 사이트를 운영하는 회사이다. 피고가 웹 사이트에 이미지 파일로 등록되어 있는 텍스트 아닌 콘텐츠에 대하여 대체 텍스트를 제공하지 않거나 미흡하게 제공함으로써 시각장애인인 원고 등은 이 사건 웹 사이트에서 판매하는 상품에 관한 정보 등을 얻을 수 없어 웹 사이트를 통하여 상품을 구매하는데 어려움을 겪고 있다. 원고 등은 정보접근에 불리한 결과를 초래하는 간접차별 및 정당한 편의 미제공에 의한 차별에 해당한다고 주장하여 소를 제기하였다. 현재 피고가 항소를 한 상태이다.

### 나. 사건개요

사건번호	2017가합33112, 2017가합33129, 2017가합33136
원고	시각장애인(선정당사자)
피고	주식회사 甲, 乙 유한책임회사, 丙 주식회사
법원	서울중앙지방법원 제30민사부
소제기일	2017. 9. 7
판결선고일	2021. 2. 18
대리인 유무	있음
청구취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고(선정당사자) 및 별지 3 선정자 명단 기재 각 선정자들에게 각 2,000,000 원 및 이에 대하여 이 사건 소장부분 송달 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.</li> <li>2. 피고는 이 판결 선고일로부터 30일 이내에 웹 사이트 내의 별지 1 청구 목록<sup>57)</sup> 기재 각 콘텐츠에 관하여, 각 콘텐츠가 보여주고 있는 정보를 원고(선정당사자) 및 별지 3 선정자 명단 기재 선정자들이 장애인이 아닌 사람과 동등하게 이용할 수 있도록 시각장애인 정보통신보조공학기기인 화면낭독기(screen reader)를 통해 청취할 수 있게 하는 대체 텍스트를 제공하고, 위 기간 내에 조치를 완료하지 못한 때에는 위 기간 만료일 다음 날부터 조치 완료일까지 원고(선정당사자) 및 별지 3 선정자 명단 기재 선정자들에게 각 매일 300,000원의 비율로 계산한 돈을 지급하라.</li> </ol>

#### 57) 청구 목록

1. 제품의 상세정보(규격, 용량, 가격, 용법, 성분, 원산지, 제조연월일, 유통기간, 보관방법, 주의사항, 배송, 반품 등), 이벤트 안내 등과 같이 의미 있는 이미지, 즉 이미지의 의미가 사용자에게 전달되어야 하는 콘텐츠
2. 이미지 링크, 이미지 버튼
3. 데이트 차트와 같이 내용이 복잡한 콘텐츠. 끝

결과	일부 인용 (차별구제, 손해배상 일부 승소)
주문	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피고는 원고(선정당사자) 및 별지 3 선정자 명단 기재 각 선정자들에게 각 100,000원 및 이에 대하여 2017. 12. 8.부터 2021. 2. 18.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.</li> <li>2. 피고는 이 판결 확정일로부터 6개월 이내에 E웹 사이트(F) 내의 별지 2 인용 목록<sup>58)</sup> 기재 각 사항에 관하여 시각장애인 정보통신보조공학기기인 화면낭독기(screen reader)를 통해 청취할 수 있는 대체 텍스트를 제공하라.</li> <li>3. 원고(선정당사자)의 나머지 청구를 기각한다.</li> </ol>

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

이 사건에서 원고적격은 문제되지 않은 것으로 보이고, 손해배상액 산정 과정에서 “원고 등 중에는 이 사건 웹 사이트를 이용해 상품을 구매하는 과정에서 어려움을 겪거나 접근성 부족으로 상품 구매를 단념한 사람들도 있을 것이나 이 사건 웹 사이트를 이용한 적이 없었던 사람들도 있을 것으로 보이고, 후자의 경우에 해당하는 원고 등에게 발생한 정신적 손해는 실제 이 사건 웹 사이트를 이용하였거나 이용하고자 했던 원고 등에 비하여 크지 않을 것으로 보이는데, 원고 등 중 실제 이 사건 웹 사이트를 이용하였거나 이용하고자 했던 사람들이 얼마나 되는지 알 수 있는 객관적 자료가 제출되지 않은 점, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 고려하면, 피고가 원고 등에게 지급할 위자료는 각 100,000원으로 정함이 타당하다.”고 판단하여 실제 웹 사이트를 이용해보지 않은 시각장애인도 차별구제청구가 가능함을 전제로 하였다.

### (2) 법원의 재량권의 존부 및 그 법적 근거, 재량의 구체적인 의미

법원은 “재량권을 행사함에 있어서 차별행위에 관한 적극적 조치를 명할 필요성이 있는지 여부, 특정 사항의 이행명령이 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, 특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지 등을 비교

#### 58) 인용 목록

시각장애인 정보통신보조공학기기인 화면낭독기를 통해 청취할 수 있는 텍스트가 아닌 각종 콘텐츠에 포함되어 있는 것으로서 아래에 해당하는 사항이 있는 경우 그 사항

- ① 전자상거래 등에서의 상품 등의 정보제공에 관한 고시(공정거래위원회고시 제2020-14호)의 ‘Ⅱ. 일반원칙’에 따라 Ⅲ. 상품 등의 정보의 내용’ 항목에서 개별적으로 규정하고 있는 ‘품목별 재화 등에 관한 정보’와 ‘거래 조건에 관한 정보’에 대한 사항
- ② 상품에 대한 광고, 이벤트 안내 중 문구로 기재되어 있는 사항
- ③ 이미지 링크, 이미지 버튼의 각 기능과 용도. 끝

형량하여 어떠한 적극적 조치를 명할 것인지 판단하여야 한다.”고 하고, “아울러 장애인차별금지법 제48조 제3항은 적극적 조치를 명한 판결에 대하여 간접강제의 방법으로 강제집행을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 법원이 명하는 적극적 조치는 이행가능성과 특정가능성을 모두 갖추어 유효한 강제집행이 가능한 것이어야 한다.”고 판시하였다.

### (3) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원은 차별구제청구가 인용되기 위해서는 차별행위가 존재하는 것 외에, 차별구제조치의 적정성이나 필요성, 비례성에 관한 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다. 관련해서, 이러한 ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’ 요건의 구체적인 의미가 문제된다.

법원은 차별구제조치의 필요성과 관련하여, “피고가 이 사건 웹 사이트를 운영하면서 텍스트 아닌 콘텐츠의 정보를 인식할 수 있도록 하는 대체 텍스트를 제공하지 아니하거나 미흡하게 제공함에 따라 시각장애인이 원고 등은 이 사건 웹 사이트를 통하여 상품을 구매하는 데 어려움을 겪고 있고, 대체 텍스트 제공은 원고 등이 장애인이 아닌 사람과 동등한 수준으로 이 사건 웹 사이트를 이용하기 위한 필수적인 조치이므로, 피고의 차별행위를 시정하기 위하여 이 사건 웹 사이트의 텍스트 아닌 콘텐츠에 대하여 대체 텍스트를 제공할 것을 명할 필요성이 인정된다(피고가 이 사건 소 제기 이후 지속적으로 웹 접근성 개선을 위한 노력을 기울이고 있고 그로 인하여 상당 부분 웹 접근성이 개선되었음은 앞서 본 바와 같으나, 이 사건 웹 사이트에는 이미 수 많은 상품에 관한 다양한 형식과 내용의 웹 페이지가 존재할 뿐만 아니라, 이후에도 새로운 상품에 관한 또 다른 형식과 내용의 웹 페이지가 발생할 가능성을 배제할 수 없고, 그 중에서 대체 텍스트 제공을 명할 필요성이 있는 부분과 필요성 없는 부분을 개별적으로 특정하여 구분하는 것은 가능하지도 않고 적절하지도 않으므로, 향후 집행단계에서 이 부분이 고려될 것으로 보고 전체적으로 적극적 조치를 명하기로 한다.”고 판단하였다.

또한 적극적 조치의 구체적 내용과 범위와 관련하여, “피고에게 명할 적극적 조치의 내용과 범위 등을 결정함에 있어서도 ‘한국형 웹 콘텐츠 접근성 지침 2.1’이 사건 지침이 하나의 기준이 될 수 있다.”고 하면서,<sup>59)</sup> “원고가 적극적 조치로 대체 텍스트를 제공할 것을 청구하고 있는 별지 1

59) “지능정보화 기본법 및 국립전파연구원이 발표한 ‘한국형 웹 콘텐츠 접근성 지침 2.1(이하 ‘이 사건 지침’)은 시각장애인의 웹 접근성 보장을 위해 대체 텍스트 제공을 필수적인 요소로 규정하고 있다. 위 규정은 직접적으로 국가기관·지방자치단체 및 공공기관이 운영하는 웹 사이트를 대상으로 그 접근성을 보장하는 규정이지만, 그 입법 취지와 목적, 규정 내용의 합리성과 보편적 타당성에 비추어 볼 때 국가기관 등이 아닌 법인이 운영하는 웹

청구 목록 기재 각 콘텐츠에 관하여 항목별로 살펴보니, 앞서 본 적극적 조치가 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, 이행가능성과 특정가능성 여부 및 이 사건 지침의 내용을 고려하여 다음과 같이 적극적 조치의 구체적 내용과 범위를 결정하기로 한다”고 판시하였다.

위와 같은 기준에서 원고들이 대체 텍스트를 제공할 것을 청구한 구체적인 콘텐츠 항목 중 ‘이미 있는 의미지’ 또는 ‘이미지의 의미가 사용자에게 전달되어야 하는 콘텐츠’에 대해서는 객관적 판단 기준의 부재로 특정가능성과 이행가능성이 문제가 있다고 보았다.<sup>60)</sup>

#### (4) 간접강제를 통한 차별구제판결의 집행

간접강제를 통해 차별구제판결을 집행하는 것과 관련해서, 간접강제의 절차와 요건이 문제된다. 이 사건에서 간접강제 청구는 아래와 같은 이유로 기각되었다.

“부대체적 작위채무에 있어 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여 장차 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 하도록 명하는 간접강제결정은, 판결절차의 변론종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하고, 판결절차에서 채무자에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었으며, 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에 할 수 있다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다50367 판결 등 참조).

그런데 피고가 이 사건 소 제기 이후 지속적으로 웹 접근성 개선을 위해 노력하였고 그로 인하여 웹 접근성이 상당 부분 개선되었음은 앞서 본 바와 같은바(적극적 조치의 필요성 여부에 관한 판단 부분에서 본 것처럼 피고의 위와 같은 개선노력으로 인해 이 법원이 전체적으로 명하는 적극

사이트에 경우에도 기본적인 웹 접근성 보장에 관한 기준을 마련하는데 하나의 기준이 될 수 있다. 나아가 이 사건 지침은 국가표준으로 승인되어 웹 접근성 준수 여부를 평가할 때 하나의 표준으로 활용되는 점에 비추어 볼 때, 비록 규범적 효력이 직접 미치는 것은 아니라 하더라도 국가기관 등이 아닌 법인이 운영하는 웹 사이트에 대하여 시각장애인의 접근성이 보장되었는지 여부를 판단하는 경우에도 이 사건 지침이 기준으로 작용하여 텍스트 아닌 콘텐츠에 대하여 그 의미나 용도를 인식할 수 있는 대체 텍스트가 제공되었는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 해석하는 것이 타당하다.”

60) “이 사건 웹 사이트가 상품을 판매하는 온라인 쇼핑몰인 점에 비추어 볼 때, 이미지 등에 포함되어 있는 문구가 상품에 관한 정보나 이벤트 안내 등 상품의 구입 여부를 결정함에 있어 필요한 정보가 아닌 아무런 정보를 제공하지 않는 문구인 경우를 상정하기 어려운 반면, 원고가 구하는 ‘이미 있는 의미지’ 또는 ‘이미지의 의미가 사용자에게 전달되어야 하는 콘텐츠’는 객관적 판단 기준의 부재로 특정가능성과 이행가능성이 문제가 있으므로, 위와 같이 텍스트 아닌 콘텐츠로 상품 광고, 이벤트 안내 문구가 기재된 경우 그 문구 부분을 대체 텍스트 제공 대상으로 특정한다.”

적 조치는 개별 웹 페이지의 경우 상당 부분 이미 이행된 것으로 보인다), 법원이 앞서 본 적극적 조치를 명하더라도 피고가 이를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 향후 이 사건 웹 사이트의 접근성이 더 개선될 가능성이 없지 않으므로, 현재로서는 이 판결 확정일로부터 6개월 이후에 피고가 적극적 조치를 일부 불이행함에 따른 적절한 배상액을 산정하기도 어렵다. 따라서 원고의 간접강제 청구에 관한 주장은 받아들이지 않는다.”

## V 참정권

### 1. 청각장애인을 위한 선거방송 개선 임시조치 신청 사건 (#25)

#### 가. 사실관계<sup>61)</sup>

신청인 A는 수화를 제1언어로 사용하는 청각장애인, 신청인 B는 보청기를 활용하여 말하는 사람의 입 모양을 보고 의사소통을 하는 청각장애인이자 제18대 대통령 선거의 선거권자이다. 피신청인들은 18대 대선과 관련하여 공직선거법 제70조 이하에서 규정하고 있는 대통령 후보자 초청 대담·토론회, 대통령 후보자 또는 대통령 후보자 지정 연설원의 방송연설, 대통령 후보자 경력 방송 등 일련의 선거 방송(이하 ‘이 사건 선거 방송’)을 실시하는 지상파방송사업자이다. 당시 피신청인들은 이 사건 선거 방송을 실시할 때 ‘장애인 시청 편의 서비스’를 제공하고 있었는데, 수화통역 화면은 전체 화면의 1/16도 되지 않는 작은 크기였고, 폐쇄자막은 생방송과 녹화방송을 가리지 않고 약 3초의 시간 차를 두고 늦게 나타났다.

신청인 A, B는 피신청인인 지상파 3개 방송국에서 방영하는 이 사건 선거방송에서 ① 전체 화면의 1/6 이상의 크기로 수화를 방영하고, ② 대통령 후보자 초청 대담·토론회에서 2인 이상의 수화 통역사를 통해 각 토론자의 발언이 실질적으로 구별되는 형태로 수화를 방영하고, ③ 녹화방송은 시간차 없이, 생방송은 1초 이내로 자막을 제공하라는 내용의 임시조치 신청을 하였다(장애인차별금지법 제48조 제1항).

61) 이하 #25~#28 사건은 공익인권변호사모임 ‘희망을 만드는 법’에서 18대 대선 당시 ‘장애인의 선거정보 접근권’에 대한 이슈를 주목시키고자 하는 의도로 기획한 일련의 사건이다.

## 나. 사건개요

사건번호	2012카기2448
신청인	수화를 제1언어로 사용하는 청각장애인 A 보청기를 사용하는 청각장애인 B
피신청인	한국방송공사(KBS), 주식회사 문화방송(MBC), 서울방송 주식회사(SBS)
법원	서울중앙지방법원 제51민사부
소제기일	2012. 11. 22.
결정일	2012. 12. 13. (확정)
대리인 유무	있음
신청취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피신청인들은 제18대 대통령선거와 관련하여 피신청인들의 각 텔레비전 방송 시설을 이용한 대통령후보자 초청 대담·토론회, 대통령후보자·대통령후보자 지정 연설원의 방송연설, 대통령후보자의 경력 방송을 함에 있어서 화면의 6분의 1 이상의 크기로 수화를 방영하라.</li> <li>2. 피신청인들은 제18대 대통령선거와 관련하여 피신청인들의 각 텔레비전 방송 시설을 이용한 대통령후보자 초청 대담·토론회에서 2인 이상의 수화통역사를 통해 각 토론자의 발언이 실질적으로 구별되는 형태로 수화를 방영하라.</li> <li>3. 피신청인들은 제18대 대통령선거와 관련하여 피신청인들의 각 텔레비전 방송 시설을 이용한 대통령후보자 초청 대담·토론회, 대통령후보자·대통령후보자 지정 연설원의 방송연설, 대통령후보자의 경력 방송을 함에 있어서               <ol style="list-style-type: none"> <li>가. 녹화방송은 시간차 없이,</li> <li>나. 생방송은 1초 이내에,</li> <li>각 자막을 제공하라.</li> </ol> </li> </ol>
결과	전부 기각
주문	이 사건 신청을 기각한다.

## 다. 쟁점 및 함의

## (1) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

재판부는 당시 수화통역화면을 확대하는 것이 바람직해 보인다면서도, 신청인들이 피신청인들에게 임시조치를 구할 수 있는 법률상 권리가 없다며 신청인들의 청구를 기각하였다.<sup>62)</sup> 피신청인들의 행위가 차별임을 판단하기 위해서는 추가적인 요건이 요구된다는 입장으로 보인다.

62) 재판부는 결론적으로 이 사건 선거 방송이 차별이 아니라고 본 것이어서 이 연구의 쟁점과는 무관한 것으로 보이기도 한다. 그러나 실질적으로 판단한 내용은 구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건과 유사하여 이 항에서 분석하였다.

신청취지 제1·2항(수화통역화면제공)에 대해 판단하면서 재판부가 제시한 중요한 기준은 “관련 법령의 내용, 수화를 사용하지 않는 일반 시청자들의 시청권과의 조화, 방송제작 여건 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”는 것이다. 당시 수화통역화면을 통해 그 내용을 온전하게 이해하기에는 불편하고 어려운 점이 있으나, 그러한 점만으로 차별이라고 볼 수는 없고 다른 요소들을 추가적으로 고려해야만 차별이라고 평가할 수 있다는 것이다. 이는 마치 차별구제조치의 명령을 판단할 때 적정성·필요성·비례성 요건을 추가하는 현 실무와 유사하다. 사실상 차별의 존재와 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성을 한꺼번에 판단한 것으로 보인다.

재판부가 고려한 사정은 다음과 같다. ① 관련 법령에 따르면 피신청인들이 청각장애인의 시청권 보장을 위해 노력할 의무가 있음은 인정되나, 해당 법령 및 고시에는 수화통역화면의 구체적인 기준을 규정하고 있지 않기 때문에 아무런 기준이 없는 상태에서 나름대로 판단을 거쳐 제공하고 있는 현재의 수화통역화면이 청각장애인의 권리를 침해한다고 평가할 수 없다. ② 우리 사회가 일반 시청자의 선거 정보 접근권 및 시청권도 보호해야 하는데, 수화통역화면 크기를 크게 하거나 그 수를 늘릴 경우 일반 시청자들의 권리가 상당히 제한된다. 명시적인 공감대 없이 일방적으로 요구할 수 없고, 다양한 이해관계인 사이에서 보다 신중한 논의를 거쳐야 한다. ③ 청각장애인의 대다수는 수화를 모르므로, 수화통역화면이 도움이 되지 않는다. ④ 청각장애인은 이 사건 선거방송 외에도 다양한 경로로 선거 정보를 접할 수 있다.

신청취지 제3항에 대해서 판단하면서 재판부는 방송국의 제작 여건을 고려하였다. 생방송에서 약간의 시간차는 불가피하고, 녹화방송 역시 사전제작을 강제하기는 어렵다는 것이 근거가 되었다. 편집의 자유는 방송사업자인 피신청인의 권리의 핵심 영역인 반면, 자막의 시간차로 인해 청각장애인의 시청권이 중대하게 제한되는 것이 아니므로 사전제작을 명할 수는 없다는 것이다.<sup>63)</sup>

## (2) 조정 및 화해에 관한 제문제

한편, 이 사건에서 재판부가 화해권고 결정을 내렸으나, 양 당사자가 이의하여 화해는 이루어지지 않았다. 차별구제청구소송에서는 조정이나 화해로 종결되는 사건이 적지 않은데, 그 의미와 한계가 무엇인지 문제된다.

63) 이 부분은 차별의 존재가 아닌, 임시조치의 적정성 내지 비례성과 관련된 내용이다.

재판부는 “피신청인들은 2012. 12. 19. 시행될 제18대 대통령 선거와 관련하여 피신청인들의 텔레비전 방송시설을 이용하여 대통령 후보자 초청 대담·토론회, 대통령 후보자·대통령후보자 지정 연설원의 방송연설, 대통령 후보자 경력 방송을 방영함에 있어서, 피신청인들이 제17대 대통령 선거 당시 같은 내용의 방송에서 제공하였던 수화 통역화면보다 30% 이상 확대한 크기(넓이)의 타원형 수화통역화면을 방영하라”는 화해권고결정을 내렸다.

재판부의 권고는 신청인이 신청한 화면의 1/6에는 크게 모자라는 크기였기에 신청인이 받아들이는 것이 어려웠을 것으로 보인다. 위와 같은 화해권고 내용은 신청인이 신청한 내용에 대한 일종의 양적 일부로 해석할 수 있다. 양 당사자가 모두 원하지 않는 결과인 이상, 재판부가 양적 일부 인용 결정으로 나아가기는 저어되었을 것으로 추정된다.

### (3) 기타

그 외, 재판부는 보론으로 입법 및 정책론으로는 관련 법령 및 고시에 수화통역 및 자막에 대한 구체적인 기준이 마련될 필요가 있고, 그러한 기준을 마련하기 위하여 실증적인 연구와 국민들 사이의 공감대 형성이 필요해 보인다고 지적하였고 그 외에도 기술적으로 가능하다면 폐쇄자막의 경우처럼 시청자가 TV 수신기나 리모컨을 조작하여 수화통역화면을 임의로 켜거나 끌 수 있게 하고 더 나아가 수화통역화면의 크기를 조절할 수 있게 하는 기능을 도입하거나, 청각장애인 전용 공익방송채널인 수화방송채널을 마련하여 다양한 수화통역프로그램을 제작·공급하는 등 대안을 검토해 볼 필요도 있다는 지적도 덧붙였다.

## 2. 시각장애인을 위한 선거공보 개선 임시조치 신청 사건 (#26)

### 가. 사실관계

신청인 C는 전맹 시각장애인으로 음성을 통해 정보를 습득하고, 신청인 D는 전맹 시각장애인으로 점자를 통해 정보를 습득하고, 신청인 E는 시력이 0.06 이하인 저시력인으로 화면확대기를 통해 정보를 습득한다. C, D, E는 시각장애인이 선거공보의 정보를 알 수 있도록 개선하라는 내용의 임시조치를 신청하였다.

## 나. 사건개요

사건번호	2012아4209
신청인	시각장애인 C, D, E
피신청인	대한민국
법원	서울행정법원
소제기일	2012. 11. 29. 제소 / 2012. 12. 7. 행정법원 이송
결정일	2012. 12. 14. (확정)
대리인 유무	있음
신청취지	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 피신청인은 이번 18대 대통령선거와 관련하여 신청인 C, D에게 후보자들에 대한 정보제공을 위하여 책자형 선거공보와 동일한 내용에 비문자정보에 대한 설명이 추가된 전자문서형 선거공보를 제공하라.</li> <li>2. 피신청인은 이번 18대 대통령선거와 관련하여 신청인 E에게 후보자들에 대한 정보제공을 위하여 큰 글씨 책자형 선거공보를 제공하라.</li> <li>3. 피신청인은 이번 18대 대통령선거와 관련하여 신청인 C에게 전자정보형 투표안내문을 제공하라.</li> </ol>
결과	전부 기각
주문	이 사건 신청을 기각한다.

다. 쟁점 및 합의 : 국가를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 소송의 관할

이 사건의 피신청인은 대한민국이다. 국가 및 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제된다.

신청인과 그 소송대리인은 민사법원인 서울중앙지방법원에 신청을 제기하였으나, 행정법원인 서울행정법원으로 사건이 이송되었다. 선거일을 열흘도 남기지 않은 때에 이송이 되면서, 재판부의 실질적인 판단을 받기가 어려워졌다. 결국 재판부는 결정이유를 실시하지 않은 채로 신청을 기각하였는데,<sup>64)</sup> 해당 재판부는 국가나 지방자치단체를 상대로 한 임시조치의 관할이 행정법원이라고 생각했던 것이라 추정된다. 이는 차별구제청구소송이 얼마 없었던 제도 초기에 사례가 충분히 누적되지 않은 상태에서 있었던 시행착오로, 현재의 실무 관행에는 부합하지 않는다.

64) 결정이유가 기재되어 있지 않아 구체적인 내용을 파악할 수 없었던 점이 아쉽다.

### 3. 청각장애인을 위한 선거광고 개선 임시조치 신청 사건 (#27)

#### 가. 사실관계

청각장애인인 A가 선거관리위원회가 제공하는 18대 대통령선거 TV 광고에서 수화 및 자막방영을 하라는 내용의 임시조치 신청을 하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	2012아4203
신청인	청각장애인 A
피신청인	대한민국
법원	서울행정법원
소제기일	2012. 11. 28. 제소 / 2012. 12. 7. 행정법원 이송
결정일	2012. 12. 20. (확정)
대리인 유무	있음
신청취지	피신청인은 제18대 대통령선거와 관련한 TV광고에 있어서 수화 및 자막방영을 하라.
결과	전부 기각
주문	이 사건 신청을 기각한다.

다. 쟁점 및 합의 : 국가를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 소송의 관할

이 사건의 피신청인은 대한민국이다. 국가 및 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제된다.

신청인과 그 소송대리인은 민사법원인 서울중앙지방법원에 신청을 제기하였으나, 행정법원인 서울행정법원으로 사건이 이송되었다. 선거일을 열흘도 남기지 않은 때에 이송이 되면서, 재판부의 실질적인 판단을 받기가 어려워졌다. 결국 재판부는 결정 이유를 실시하지 않은 채로 신청을 기각하였는데, 해당 재판부는 국가나 지방자치단체를 상대로 한 임시조치의 관할이 행정법원이라고 생각했던 것이라 추정된다. 이는 차별구제청구소송이 얼마 없었던 제도 초기에 사례가 충분히 누적되지 않은 상태에서 있었던 시행착오로, 현재의 실무 관행에는 부합하지 않는다.

#### 4. 청각장애인을 위한 선거광고 개선 청구 사건 (#28)

##### 가. 사실관계

청각장애인 A가 선거관리위원회가 제공하는 대통령선거 TV 광고에서 수화 및 자막방영을 하라는 내용의 차별구제 청구를 하였다. ‘청각장애인을 위한 선거광고 개선 임시조치 신청 사건(#27)’이 임시조치 신청 사건(장애인차별금지법 제48조 제1항), 이 사건이 차별구제청구 사건(장애인차별금지법 제48조 제2항)이다.

##### 나. 사건개요

사건번호	2012구합42427
원고	청각장애인 A
피고	대한민국
법원	서울행정법원
소제기일	2012. 11. 28. 제소 / 2012. 12. 14. 행정법원 이송
소취하일	2014. 3. 15. (확정)
대리인 유무	있음
신청취지	1. 피고는 공직선거법에 의한 선거와 관련한 TV광고에 있어서 수화 및 자막방영을 하라. 2. 피고는 원고에게 금 5,000,000원을 지급하라.
결과	소 취하 (사실상의 조정 성립)
조정권고안	1. 피고는 ‘장애인을 위한 공명선거 CF제작 개선 방향’의 내용을 보도자료로 배포한다. 2. 피고는 향후 공직선거법에 따른 선거와 관련하여 투표방법과 유의사항을 수화로 안내하는 동영상을 제작하여 중앙선거관리위원회 홈페이지 등 인터넷으로 배포하기로 한다. 3. 피고가 제1항 기재 조치를 한 뒤에 원고는 곧바로 이 사건 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.

##### 다. 쟁점 및 합의

###### (1) 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

18대 대통령선거에서의 임시조치를 요구한 ‘청각장애인을 위한 선거광고 개선 임시조치 신청 사건(#27)’과 달리, 이 사건에서는 장래의 반복되는 차별행위에 대한 차별구제를 내용으로 하고 있다. 이처럼 이미 종료된 차별행위, 장래에 발생할 것으로 예상되는 차별행위나 반복적 차별행위에 대해서, 어떤 청구취지와 주문을 통해서 구제받을 수 있는지 문제된다.

이 사건에서 원고는 “공직선거법에 의한 선거와 관련한 TV광고에 있어서 수화 및 자막 방영을 하라”며 장래에 반복될 차별행위를 ‘공직선거법에 의한 선거와 관련한 TV광고’로 특정하였다. 이는 임시조치 사건에서 “피신청인은 제18대 대통령선거와 관련한 TV광고에 있어서 수화 및 자막방영을 하라.”는 것이 신청취지였던 것과 대비된다.

## (2) 조정 및 화해에 관한 제문제

이 사건은 행정소송에서 실무상 활용되는 조정으로 분쟁이 해결되었다. 법원이 행정처분을 내린 부처나 지자체에 특정한 내용을 권고하고, 소송을 제기한 원고에게는 소송을 취하할 것을 권고하는 제도로, 법적인 근거는 없으나 신속한 분쟁의 해결을 위해 활용되고 있다. 자칫 청구가 기각될 수 있는 상황에서 재판부가 원만한 해결을 모색하였던 것으로 보이며, 이는 조정을 잘 활용한 예로 평가할 수 있다.

## 제4장 비교법적 검토: 해외의 장애인차별에 대한 차별구제 조치청구소송 제도

### 제1절 미국 장애인법(ADA) 개관

#### I 의의 및 입법과정

1990년 제정된 미국 장애인법(Americans with Disabilities Act, 이하 ‘ADA’)은 연방법으로서 장애를 이유로 한 차별을 금지한 최초의 종합적 입법이자 포괄적 법률이다. 미국 장애인법(ADA) 제정 이전 장애와 관련된 미국 내 주요 법률들로는 사회보장법(the Social Security Act), 1968년 건축장애물제거법(the Architectural Barriers Act of 1968), 1973년 재활법(the Rehabilitation Act of 1973), 장애인 교육법(Individuals with Disabilities Education Act), 노인 및 장애인의 선거 접근성 법(the Voting Accessibility Act for the Elderly and Handicapped Act of 1984) 등이 있다.<sup>65)</sup> 미국 장애인법(ADA)은 종래의 장애 관련 법률들의 입법정신과 주요 개념을 토대로 하면서도 동시에 기존 법률들의 한계를 극복할 의도로 추진되었다.

종래의 법률들과 달리 사용자의 근로자에 대한 정당한 편의제공의무, 공중시설의 접근성 확보 의무 등을 부과 등을 규정한 미국 장애인법(ADA) 제정안은 의회에 상정될 당시 많은 논란이 있었다. 특히 미국 장애인법(ADA)이 상정하고 있는 구제조치나 고용 관련 내용 등에 대한 논란이 뜨거웠다.<sup>66)</sup> 고용과 관련하여 미국 장애인법(ADA)은 그 적용 범위를 공공부분 외에 민간부분까지 확대하였는데 이를 두고 기업의 활동에 과도한 제한이자 지나친 부담이라는 비판이 일었다. 이러한 과정 속에서 여러 차례 수정된 미국 장애인법(ADA) 제정안은 1989년 미국 상원과 하원을 통과하고 1990년부터 발효되었다.

65) 김재원, 미국 장애인법의 성과와 한계, 성균관법학 제23호 (2011). 1021~1025쪽.

66) 김재원, 미국 장애인법의 성과와 한계, 성균관법학 제23호 (2011). 1025쪽.

미국 장애인법(ADA)이 제정된 이후 관련 소송에서는 이 법의 적용을 받는 장애인에 해당하는지 여부, 즉, 이 법이 적용되는 장애의 범위가 많이 다투어졌다. 이 과정에서 연방대법원을 포함한 연방법원들은 그 적용 범위를 매우 좁게 해석하는 경향을 보였다.<sup>67)</sup> 이러한 법원의 소극적인 해석은 미국 장애인법(ADA)의 입법취지에 반하는 것이라는 비판이 관련 장애단체를 비롯한 시민사회로부터 제기되었다. 이에 따라 2008년 개정된 미국 장애인법(the Americans with Disabilities Act Amendment Act of 2008)은 이 법의 적용을 받는 장애의 범위를 명확히 하고 그 정의에 대한 상세한 규정을 추가하였다. 이 개정법은 2009년부터 발효되었다.

## II 구성 및 주요내용

### 1. 구성

미국 장애인법(ADA)은 서문과 제1장 고용(Title I Employment), 제2장 공공서비스(Title II Public Services), 제3장 공중이용 시설(Title III Public Accommodations), 제4장 통신(Title VI Telecommunications), 제5장 기타사항(Title V Miscellaneous Provisions) 순으로 총 5개의 장으로 구성된다. 아래에서는 본 연구와 관련된 사항을 중심으로 서문과 제1장 내지 제3장을 중심으로 살펴본다.

### 2. 주요 내용

미국 장애인법(ADA)의 입법목적<sup>68)</sup>과 장애를 비롯한 주요 개념<sup>69)</sup>은 서문에서 정의된다. 이에 따르면, ADA의 입법목적은 장애인에 대한 차별을 철폐하기 위한 명확하고 포괄적인 국가권한의 부여, 차별을 다루는 명확하고 강력하며 일관된 지침의 제공 등이다.<sup>70)</sup> 또한, 2008년 개정을 거치면서 그 제정취지에 반하여 연방대법원이 이 법의 적용을 받는 장애인의 범위를 축소시켜 많은 장애인이 보호되지 못하였다는 점,<sup>71)</sup> 연방대법원의 소극적 판례에 따라 하급법원들이 중요생활활

67) 연방대법원은 간질, 당뇨병, 지적장애, 발달장애, 양극성장애, 난청, 외상후스트레스장애, 우울증, 후천성면역결핍증 등에 대하여 모두 ADA의 적용을 받는 장애에 해당하지 않는다고 판단하였다.

68) 42 U.S.C. § 12101.

69) 42 U.S.C. § 12102 - 12103.

70) 42 U.S.C. § 12101 (b).

71) 42 U.S.C. § 12101 note (a) (4) - (5).

동이 실질적으로 제한되는 손상을 가진 사람들을 미국 장애인법(ADA)의 적용을 받는 장애인의 범위에 속하지 않는다고 판단하였다는 점<sup>72)</sup> 등이 추가로 기술되었다. 이에 따라 미국 장애인법(ADA)의 적용을 받는 장애인의 범위가 폭넓게 인정되어 최대한의 보호가 이루어지도록 해석하여야 함이 강조되었다.<sup>73)</sup>

미국 장애인법(ADA)상 장애는 주요 일상활동이 실질적으로 제한되는 신체적 또는 정신적 손상, 그러한 손상의 기록, 또는 그러한 손상으로 간주되는 것으로 정의된다.<sup>74)</sup> 여기서 손상의 기록이란 과거의 장애를 의미한다. 따라서 미국 장애인법(ADA)의 적용을 받는 장애의 범주는 현재의 장애 뿐만 아니라 과거의 장애, 장애로 간주될 만한 손상까지도 포함하여 그 범위가 폭넓다고 볼 수 있다.

미국 장애인법(ADA) 제1장은 고용에서의 장애인에 대한 차별을 금지하고 있다. 제1장은 정의,<sup>75)</sup> 차별금지<sup>76)</sup>, 방어<sup>77)</sup>, 마약 및 알코올의 불법 사용,<sup>78)</sup> 공지의무,<sup>79)</sup> 규제,<sup>80)</sup> 집행<sup>81)</sup>의 총 7개의 조로 구성된다. 제1장에 의하여 보호를 받기 위해서는 장애를 가진 근로자 또는 지원자는 정당한 편의제공을 받거나 혹은 그러한 편의제공이 없더라도 해당 직무의 본질적인 업무를 수행할 수 있어야 한다.<sup>82)</sup> 미국 장애인법(ADA)의 적용을 받는 사용자는 입사지원 절차, 채용, 승진, 해고, 보상, 직무 교육, 그 밖의 고용 조건 등에서 장애를 이유로 그러한 근로자 또는 지원자를 차별할 수 없으며,<sup>83)</sup> 근로자 또는 지원자에게 정당한 편의를 제공할 의무를 부담한다.<sup>84)</sup> 따라서 사

72) 42 U.S.C. § 12101 note (a) (6).

73) 42 U.S.C. § 12102 (4) (a).

74) 42 U.S.C. § 12102 (1). 원문은 다음과 같다.

As used in this chapter:

(1) Disability

The term “disability” means, with respect to an individual

(A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual;

(B) a record of such an impairment; or

(C) being regarded as having such an impairment (as described in paragraph (3)).

75) 42 U.S.C. §12111.

76) 42 U.S.C. §12112.

77) 42 U.S.C. §12113.

78) 42 U.S.C. §12114.

79) 42 U.S.C. §12115.

80) 42 U.S.C. §12116.

81) 42 U.S.C. §12117.

82) 42 U.S.C. §12111 (8). 업무적격을 지닌 개인(qualified individual)이란 표현이 사용된다.

83) 42 U.S.C. §12112 (a).

84) 42 U.S.C. §12112 (b) (5) (A) - (B).

용자가 정당한 편의를 제공하지 않는 것은 미국 장애인법(ADA)에 의하여 금지되는 차별에 해당한다. 그러나 사용자가 편의제공이 과도한 부담이라는 점을 입증하면 이는 차별에 해당하지 않는다.<sup>85)</sup> 이 때 과도한 부담인지 여부는 편의제공의 성격, 편의제공에 소요되는 재원의 규모, 사용자의 전반적인 재정 규모 등이 고려된다.<sup>86)</sup>

미국 장애인법(ADA) 제2장은 공공서비스에서의 장애를 이유로 한 차별을 금지한다. 제2장은 차별 금지 및 기타 일반적인 적용사항과 공공기관 제공 대중교통에 적용되는 사항으로 크게 두 부분으로 구성된다. 제2장은 총 19개의 조로,<sup>87)</sup> 이에는 정의,<sup>88)</sup> 차별로 간주되는 시외 및 시내 통근철도,<sup>89)</sup> 접근성 표준 준수,<sup>90)</sup> 규제,<sup>91)</sup> 임시적 접근성 요구사항<sup>92)</sup> 등이 포함된다. 미국 장애인법(ADA) 제2장에 의하여 공공기관은 미국 장애인법(ADA) 관련 규정을 준수하여야 하고, 대중교통을 포함하여 공공기관에 의해 제공되는 모든 서비스에 대한 접근을 장애인에게 보장하여야 한다.

미국 장애인법(ADA) 제3장은 공중이용 시설에서 상품, 서비스 등을 완전하고 동등하게 누림에 있어서 장애를 이유로 한 차별을 금지한다. 제3장은 총 9개의 조로 구성되고, 그 내용으로는 공중이용 시설에서의 차별 금지,<sup>93)</sup> 공중이용 시설 및 상업 시설의 신축 및 개축,<sup>94)</sup> 민간 운영 대중교통에서의 차별 금지,<sup>95)</sup> 조사,<sup>96)</sup> 규제,<sup>97)</sup> 면제,<sup>98)</sup> 집행<sup>99)</sup>이 포함된다. 제3장의 적용을 받는 공중이용 시설에는 호텔, 음식점, 영화관, 식료품점, 박물관, 공원, 교육시설, 복지시설, 체육관 등이 포함된다. 또한, 여행, 무역, 교통, 상업, 교통 또는 통신을 비롯한 상업적인 영업과 관련된 상업 시설 또한 제3장의 적용 대상이다.

85) 42 U.S.C. §12112 (b) (5) (A).

86) 42 U.S.C. §12111 (10).

87) 42 U.S.C. §12131~12134, §12141~12150, §12161~12165.

88) 42 U.S.C. §12161.

89) 42 U.S.C. §12162.

90) 42 U.S.C. §12163.

91) 42 U.S.C. §12164.

92) 42 U.S.C. §12165.

93) 42 U.S.C. §12182.

94) 42 U.S.C. §12183.

95) 42 U.S.C. §12184.

96) 42 U.S.C. §12185.

97) 42 U.S.C. §12186.

98) 42 U.S.C. §12187.

99) 42 U.S.C. §12188.

### III 권리구제

#### 1. 차별구제 절차

미국 장애인법(ADA)에서 금지하는 차별이 발생한 경우, 피해자는 진정이나 소송을 제기할 수 있다.

진정의 경우, 고용과 관련된 차별행위는 고용기회평등위원회(The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, 이하 'EEOC')에, 교통과 관련된 차별행위는 교통부(Department of Transportation)에, 공중이용 시설과 관련된 차별행위는 법무부(Department of Justice)에 차별을 당한 당사자가 각 진정을 제기할 수 있다.

미국 장애인법(ADA) 위반에 대한 소송의 제기는 차별을 받은 당사자뿐 아니라 고용기회평등위원회(EEOC)나 법무부 등도 미국 장애인법(ADA)이 규정하는 바에 따라 소송을 제기할 권한이 있다. 또한, 고용상 차별피해를 입은 당사자가 소송을 제기하고자 하는 경우에는 먼저 고용기회평등위원회(EEOC)를 통한 구제절차를 밟아야 하는 등 절차적 요건도 존재한다.

소송에서의 입증책임과 관련하여 살펴보자면 차별을 받은 당사자는 자신이 미국 장애인법(ADA)의 보호를 받는 장애인임을 입증해야 한다. 차별행위자로 지목된 상대방은 의무에서 면제될 수 있는 사유, 과도한 부담, 장애가 아닌 다른 이유로 인한 합리적인 차별이라는 점 등을 입증해야 한다. 예를 들어, 고용과 관련된 차별인 경우라면, 차별피해 당사자는 자신이 업무적격을 지닌 개인임을 입증해야 하며 사용자는 장애 외적인 합리적인 요소에 근거하여 처우가 달랐던 것임을 입증해야 하거나, 당사자가 요구한 편의제공이 과도한 부담임을 입증해야 한다.

#### 2. 차별구제 내용

미국 장애인법(ADA)가 금지하는 차별에 대하여 청구할 수 있는 구제조치는 이 법의 각 장에 따라 차이가 있다. 제1장 고용과 관련된 차별의 경우에는 차별행위를 시정하도록 하는 등의 강제명령(injunction)<sup>100)</sup>, 복직, 승진, 채용, 급여 소급지불, 변호사 비용지급 등이 가능하다. 만약 차별

100) '금지명령', '유지명령'으로 번역되기도 하나, 이 글에서는 어떠한 행위를 금지하거나 혹은 이행하도록 명하는 법원의 명령 모두를 포함하는 측면에서 '강제명령'으로 표현하기로 한다.

행위자가 대단히 고의적으로 혹은 극도의 무신경함으로 차별을 한 경우라면, 징벌적 손해배상도 청구가 가능하다. 제3장 공중이용 시설의 이용과 관련된 차별의 경우에는 차별시정을 위하여 장애물의 제거를 명하는 강제명령 등을 청구할 수 있다.<sup>101)</sup> 사인이 소송을 제기한 경우에는 손해배상의 청구가 불가하며, 다만 주 법률상으로 손해배상 청구가 가능한 경우가 있다.

강제명령은 법원이 일정한 작위를 명령하는 ① 작위적 강제명령(mandatory injunction)과 일정한 부작위를 명령하는 ② 부작위 강제명령(prohibitory injunction)으로 구별될 수 있다. 명령이 발령되는 시점을 기준으로, 본안 판결 이전에 발령되는 ① 임시적 강제명령(interlocutory injunction), ② 본안 판결 이후 발령되는 확정적 강제명령(permanent injunction)으로 구분된다. 임시적 강제명령에는 예심(preliminary hearing) 이전에 발령되는 ① 임시 긴급 강제명령(temporary restraining orders)과 예심 이후 발령되는 ② 예비적 강제명령(preliminary injunction)이 포함된다.<sup>102)</sup>

확정적 강제명령(permanent injunction)은 전형적으로 다음의 네 가지 요건이 요구된다. ① 원고의 청구권, ② 추상적 손해가 아닌 돌이킬 수 없는 현실적 손해발생이 예상될 것, ③ 강제명령에 따른 피고의 부담이 원고의 이익과 비교하여 현저하게 불균형하지 않을 것, ④ 강제명령이 공익에 부합할 것이다.

예비적 강제명령(preliminary injunction)의 경우, ① 원고의 승소가능성, ② 돌이킬 수 없는 피해를 지속적으로 입을 가능성, ③ 강제명령에 따른 피고의 부담과 원고의 이익이 현저하게 불균형하지 않을 것, ④ 강제명령이 공익에 부합할 것이라는 요건이 요구된다.<sup>103)</sup> 확정적 강제명령의 요건과 대체적으로 동일하나 원고가 자신의 승소가능성을 추가적으로 입증해야 한다는 점이 다르다.

강제명령의 내용과 강제명령에 구속되는 당사자의 범위에 관하여는 민사소송 연방규칙(Federal Rules of Civil Procedure Rule)에서 규정되는데, 미국 장애인법(ADA) 소송에서 법원이 발하는 강제명령의 내용과 범위 또한 위 규칙에 따라야 한다. 강제명령은 그 내용에 반드시 ① 강제명령

101) 42 U.S.C. §12188(a)(1); 28 C.F.R. § 36.501(a).

102) 김태선, 미국법상 금지명령 제도 - 불법행위법 개정안에 대한 시사점을 중심으로, 민사법학 제61호(2012). 478쪽.

103) § 4:200. What must be shown to obtain preventive relief, Americans with Disabilities: Practice and Compliance Manual, February 2021 Update.

의 부과 이유, ② 강제명령 요구사항의 구체적인 명시, ③ 강제명령으로 금지 혹은 요구되는 행위에 대하여 기재출된 서면이나 기타 문서의 참조없이 합리적이고 상세한 설명으로 직접 기술하는 것이 요구된다. 강제명령에 구속되는 당사자의 범위는 실제 통지를 받은 당사자, 임원, 대리인, 종업원, 직원 및 변호사 또는 이들과 적극적으로 협력하는 기타 개인 등이 포함된다.<sup>104)</sup>

## 제2절 | 미국 장애인법(ADA) 소송 사례 분석

### I 서설

미국 장애인법(ADA)이 제정된 1990년 이래로, 미국에서는 이에 근거한 진정과 소송들이 제기되고 있다. 특히 최근에는 관련 소송들이 더욱 활발히 제기되는 중인데, 일례로 2019년에는 미국 장애인법(ADA) 제3장 위반 관련 소송이 2017년에 비하여 33%가 증가하여 그 수는 11,053건에 달하였고, 2020년에는 10,982건의 소송이 제기되었다.<sup>105)</sup>

장애를 이유로 한 차별을 규제하는 법률의 제정 역사가 우리나라에 비하여 상대적으로 길고, 그에 따라 많은 수의 사건들이 소송과 조정 등으로 해결된 미국의 사례들을 분석하는 것은 국내의

104) Fed.R.Civ.P. 65(d). 원문은 아래와 같다.

(d) Contents and Scope of Every Injunction and Restraining Order.

(1) Contents. Every order granting an injunction and every restraining order must:

(A) state the reasons why it issued;

(B) state its terms specifically; and

(C) describe in reasonable detail—and not by referring to the complaint or other document—the act or acts restrained or required.

(2) Persons Bound. The order binds only the following who receive actual notice of it by personal service or otherwise:

(A) the parties;

(B) the parties' officers, agents, servants, employees, and attorneys; and

(C) other persons who are in active concert or participation with anyone described in Rule 65(d)(2)(A) or (B).

105) 2019년에 비하여 2020년에 제기된 소송의 수가 소폭 하락한 것은 코로나19 등의 영향으로 보인다. Seyfarth Shaw LLP, Susan Ryan, "The Pandemic Slowed 2020 Federal ADA Title III Filings But 2021 May Be a Record Breaker", 2021. 2. 26.

<https://www.jdsupra.com/legalnews/the-pandemic-slowed-2020-federal-ada-6139078/#:~:text=This%20ultimately%20led%20to%20an,reduction%20of%20less%20than%201%25.> (2021. 3. 31. 확인).

구제조치청구소송을 연구함에 있어 유의미한 시사점을 도출할 수 있다. 아래에서는 미국 장애인법(ADA)과 관련된 사례 5가지를 선정하여 소개하였다. 사례를 선정함에 있어서는 한국의 사례에서도 문제되었던 고용 및 승진, 온라인 쇼핑물 이용, 영화관 이용 등을 포괄하여 선정하도록 노력하였다. 한편, 미국 장애인법(ADA) 관련 소송 중 상당수는 차별적 상황의 빠른 해결, 원고와 피고와의 조속한 합의 등을 이유로 판결이 아닌 조정으로 마무리되는 경우가 많다. 그러나 이 연구에서는 미국 장애인법(ADA) 관련 소송에 대한 미국 법원의 태도를 분석할 필요가 있어 조정으로 종결된 사건은 최대한 배제하고 판결로서 종결된 사건을 우선적으로 선정하고자 하였다.

## II 사례 분석

### 1. 청소노동자 승진 거부 사건

#### 가. 사실관계

티모시 슬라웍(Timothy Slawek)은 단안 시력의 시각 장애인으로 공원 관리직에 종사하였으나, 상용 운전면허증이 없다는 이유로 승진에서 제외되었다. 이에 티모시는 미국 고용평등위원회(EEOC)에 진정을 제기하였고, 미국 고용평등위원회(EEOC)의 조사 결과, 장애인 종사자들 중에는 상용 운전면허증이 없음에도 승진이 된 경우가 있었으며, 티모시의 경우에는 장애를 이유로 승진하지 못하는 차별을 받은 것으로 판단되었다. 이에 미국 법무부는 티모시에 대한 승진제외가 장애를 이유로 한 차별이자 미국 장애인법(ADA) 위반임을 주장하면서 소송을 제기하였고, 이와 동시에 조정(consent decree)을 신청하였다.<sup>106)</sup> 이후 양측간에 조정이 성립되었다.

#### 나. 사건개요

사건번호	Civil Action NO. 1:13-cv-00715 (2013)
원고	United States of America
피고	County of Erie, New York
법원	The United States District Court for the District of New Jersey
조정 <sup>107)</sup> 성립일	2013. 7. 10

106) 구체적으로는 42 U.S.C. § 12112, 29 C.F.R. §§ 1630.2, 1630.4, 1630.9의 위반이다.

107) Consent Decree 성립일

주요 청구사항	피고의 티모시 슬라웨에 대한 승진 제외는 장애를 이유로 한 차별이며 미국 장애인법 위반이다.
결과	조정(Consent Decree) 성립
주요 조정사항	1. 티모시 슬라웨에게 22,486 달러를 지불한다. 2. 티모시 슬라웨에게 승진한 직위를 제공한다. 3. 뉴욕주 에리카운티는 장애인법(ADA) 제1장(Title I)에 대한 교육을 제공한다. 4. 뉴욕주 에리카운티는 미국 법무부에 정기적인 보고서를 제출한다.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 조정 및 화해에 관한 제문제

이 사건은 비록 판결이 아닌 조정으로 종결된 사안으로 미국의 판결례로서의 효력을 갖지는 못하지만, 미국에서 실제로 많은 수의 미국 장애인법(ADA)사건이 조정으로 해결된다는 점에 비추어 우리나라의 조정사례와 비교하여 나름의 의미를 도출할 수 있다. 특히 그 조정의 내용에 있어서 장애를 이유로 승진에서 차별을 받은 당사자에 대한 승진의 보장, 합리적인 손해배상은 물론이고 미국 장애인법(ADA)에 대한 교육과 그에 따른 정기적인 보고서 제출 등 추후 비슷한 차별사례의 재발을 방지하기 위한 방안들까지 강구한 점이 주목할 만하다.

## 2. 교수 승진 거부 사건

### 가. 사실관계

원고는 유전적 퇴행성 질환으로 인한 시각 장애가 있는 대학교수이다. 피고는 원고가 교수로 재직하는 주립대학이다.

원고는 2014년 10월 학교 측에 퇴행성 질환으로 인한 시력 문제를 통보한 바 있으며, 2014~2015학기에 상위 교수직(Professor II)으로 승진을 신청하였다.<sup>108)</sup> 대학의 승진 심사위원회는 원고가 해당 교수직위에 상응하는 성취도를 달성하지 못했음을 이유로 승진을 거절하였다. 이에 원고는 2016년에 대학 측의 승진 거절이 장애를 이유로 한 차별이자 미국 장애인법(ADA) 위

108) 이전에도 원고는 총 4차례(1996~1997, 1999~2000, 2007~2008, 2011~2012) 승진을 거절당한 바 있으나 이 때에는 원고의 진행성 시각장애가 학교 측에 알려진 바 없어 이 기간의 승진거절은 소송의 대상에서 제외되었다.

반임을<sup>109)</sup> 주장하며 미국 고용평등위원회(EEOC)에 진정을 제기하였다. 원고는 2016년 9월 1일 동일한 사유로 대학 측을 상대로 소송을 제기하였다. 법원은 대학 측의 승진 거절이 장애를 이유로 한 차별이 아님을 이유로 원고의 청구를 기각하였고, 원고는 항소하였다. 항소법원도 원고의 청구를 기각하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	412 F.Supp.3d 500
원고	Briance Mascarenhas
피고	Rutgers State University
법원	The United States District Court for the Western District of New York
소제기일	2016. 9. 1.
판결선고일	2019. 9. 11.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	원고는 대학으로부터 시각장애를 이유로 승진을 거절당하는 차별을 당하였으며, 이는 미국 장애인법(ADA)의 위반에 해당한다.
결과	청구기각
주요 판결사항	1. 원고는 미국 장애인법(ADA)의 적용을 받는 사람임을 증명하였다. 2. 대학은 미국 장애인법(ADA)을 위반한 장애인 차별에 대하여 책임이 없다.
사건번호	814 Fed.Appx. 698
원고	Briance Mascarenhas
피고	Rutgers State University of New Jersey
법원	United States Court of Appeals, Third Circuit.
항소일	2020. 6. 19.
판결선고일	2020. 6. 22.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	원고는 대학으로부터 시각장애를 이유로 승진을 거절당하는 차별을 당하였으며, 이는 미국 장애인법(ADA)의 위반에 해당한다.
결과	청구기각
주요 판결사항	대학(피고)은 합법적이고 장애와 관련이 없는 이유로 원고에게 승진을 거부하였고, 위 승진 거부의 사유가 장애를 이유로 한 차별에 대한 명목상의 구실에 해당하지 않는다.

109) 42 U.S.C. § 12101 등의 위반

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

고용에 있어 장애를 이유로 한 차별을 당한 원고는 ① 미국 장애인법이 정의한 장애인에 해당한다는 것, ② 해당 직무의 필수수행능력을 갖추고 있다는 것, ③ 차별로 인하여 고용에 있어 불리한 처우를 받았다는 것을 입증해야 한다.

이 사건에서는 특히 ②요건이 문제가 되었는데 관련하여 미국 법원은 다음의 두 가지 기준에 비추어 판단하였다. 첫 번째 기준은 개인이 해당 직무에서 요구하는 교육 배경, 경력, 기술, 면허 등 적절한 필요조건을 갖추고 있는지 여부이다. 두 번째 기준은 해당 개인이 정당한 편의 제공 여부와 관계 없이 해당 직책의 필수부분을 수행할 수 있는지 여부이다.

법원은 원고가 ②요건을 충족하였다고 판단하였는데, 그 근거로는 대학의 승진 심사위원회가 여러 차례의 승진 심사에서 지속적으로 원고가 존경받는 학자이자 훌륭한 교사임을 인정한 점, 원고가 소속학과에서 승진 추천을 받은 점, 승진에 대한 여러 외부 추천이 있었던 점이 제시되었다. 비록 고용에서의 차별과 관련하여 우리나라에서 제기된 차별구제청구소송에서는 아직 원고의 직무수행능력이 주된 쟁점이 된 바는 없으나, 향후 문제가 될 경우, 당사자의 업무수행능력을 장애가 있다는 이유만으로 과도하게 과소평가하기보다는 장애 유무를 떠나 개인의 업무수행능력을 객관적으로 판단하여야 한다는 점을 참고할 만하다.

## 3. 양극성 정동장애 근로자 해고 사건

### 가. 사실관계

원고는 미국 고용기회평등위원회(EEOC)이며, 원고 측 참가인(plaintiff-intervenor) 신 레일리(Sean Reilly)는 양극성 정동장애(bipolar disorder)가 있다. 피고는 신 레일리가 근무한 회사로, 코튼우드 파이낸셜 워싱턴(Cottonwood Financial Washington, LLC)과 코튼우드 파이낸셜(Cottonwood Financial, Ltd.'s)이다.

신 레일리는 2006년 6월 22일 피고 코튼우드사가 운영하는 “Cash Store”에 어시스턴트 매니저로 채용되었다. 신 레일리는 담당 지점을 성공적으로 운영하여 2006년 11월에 지점 매니저(store

manager)로 승진되었다. 그러나 2007년 1월부터 조증(manic behavior) 증상이 발생함에 따라 자신에게 적합한 약 처방 및 치료를 위한 휴가(통상 1~2주가 소요)를 신청하였으나, 피고로부터 이를 거부당하고 직장으로서의 빠른 복귀를 강요받았다. 이후 피고 코튼우드사는 2007년 2월에 신 레일리를 해고하였다. 이에 신 레일리는 2007년 3월 15일 미국 고용평등위원회(EEOC)에 코튼우드사가 자신의 장애에 적합한 편의를 제공하지 않았고, 편의 요청으로 인한 보복성 해고를 단행하였음을 주장하며 장애를 이유로 한 차별에 대한 진정을 제기하였다. 이에 미국 고용평등위원회(EEOC)는 조사를 진행하였으며, 피고 코튼우드사는 해당 혐의를 부인하였다. 이후 미국 고용평등위원회(EEOC)는 미국장애인법(ADA) 위반, 워싱턴차별금지법(Washington Law Against Discrimination) 위반 등을 이유로 코튼우드사를 상대로 소송을 제기하였다.

소송의 결과 미국 법원은 미국장애인법과 워싱턴차별금지법 위반을 인정, 피고로 하여금 신데 일리에게 56,500달러를 배상하도록 하였다. 또한, 피고에게 관련 정책 수정, 직원 교육 등의 강제 명령(injunction)을 부과하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	No. CV-09-5073-EFS, E. D. Wash.
원고	Equal Employment Opportunity Committee
원고 측 참가인 <sup>110)</sup>	Sean Reilly
피고	1. Cottonwood Financial Washington, LLC 2. Cottonwood Financial, Ltd.'s
법원	United States District Court, E.D. Washington
판결선고일	2012. 03. 27.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	피고의 해고는 미국장애인법, 워싱턴차별금지법의 위반이며, 관련 정책의 수정, 교육 등의 강제명령을 구한다.
결과	청구인용
주요 판결사항	위와 같은 사유로, 다음과 같이 주문한다: <sup>111)</sup> <sup>112)</sup> (1.2.3. 생략)

110) Plaintiff-Intervenor

111) 이하에서는 주요 판결사항의 원문을 각주로 병기하였다.

112) For the above-given reasons, IT IS HEREBY ORDERED:

4. 정책 수정: 피고들은 직원 핸드북에서 “정당한 편의제공” 부분(283-1 ECF)을 다음과 같이 개정해야 한다. (필요한 개정사항은 강조 표시되었음):<sup>113)</sup>

#### Introduction<sup>114)</sup>

Job applicants and employees with disabilities are entitled to reasonable accommodation (if one exists) to enable them to perform the essential functions of their job or to enjoy the equal benefits and privileges of their job. Among other things, an accommodation that would impose an undue hardship on the employer is not reasonable. The reasonable accommodation process, including a description of key terms, is set forth below

.....

A **disability** is 1) a physical, medical, mental, or psychological impairment that substantially limits a major life activity, 2) a record of such an impairment, or 3) being regarded as having such an impairment.

.....

**Reasonable accommodations**, which are described more fully below, are modifications or adjustments to the application process, work environment, available equipment, or to the manner or circumstances under which a position is customarily performed, that promote equal employment opportunity for an individual with a disability. Reasonable accommodation enables a qualified applicant or employee with a disability to be considered for a position or to perform its essential functions. Accommodations are not reasonable if they impose an undue hardship on the employer. Except as otherwise provided by state law, the elimination of an essential job function is not a reasonable accommodation. Also, except as otherwise required by state law, an employer is not required to provide an accommodation when someone is regarded by the employer as having a substantially limiting impairment or a record of such an impairment.

#### Process for Requesting a Reasonable Accommodation

To request a reasonable accommodation, the employee should complete a Request for Reasonable Accommodation form (which is available on the portal), and submit it to his/her immediate supervisor or Human Resources. The employee may also request a reasonable accommodation by contacting his/her immediate supervisor or Human Resources, who will then have the employee complete the Request for Accommodation form. If an employee requires assistance completing the form, Human Resources will provide such assistance. A representative of the employee is permitted to request an accommodation on the employee's behalf. As appropriate in this section, “employee” includes the employee's representative.

113) 4. Policy Revision: Defendants shall revise the current employee handbook's “Requests for Reasonable Accommodation” section, ECF No. 283- 1, as follows (necessary revisions are highlighted):

114) 이 부분은 판결문에 실린 피고 회사의 핸드북 내용 본문이다. 밑줄로 표시된 부분은 수정되어야 할 사항으로 판결문 원문에서 기록되고 표시된 부분이다. 판결문에서 수정할 것으로 지적된 부분들을 명확히 전달하기 위하여 이 부분은 원문으로만 표기한다.

	<p>Upon <u>learning</u> of a request <u>for accommodation</u>, the Company, through Human Resources, will engage in an interactive process with the employee to determine if <u>a reasonable</u> accommodation exists. Human Resources and the employee should consider how any job-related limitations can be overcome, discuss possible reasonable accommodations, and assess the effectiveness of each. Where more than one possible reasonable accommodation exists, <u>the Company</u> will consider the employee's preference in determining what accommodation it will provide. However, the Company has the discretion to choose among <u>various reasonable</u> accommodations that will enable the employee to perform the essential functions of the job or to enjoy the equal benefits and privileges of <u>his/her</u> job. Moreover, the Company is not required to provide an accommodation that imposes undue <u>hardship on the Company</u>. And except as <u>otherwise provided by state law</u>, the elimination of an essential job function is not a reasonable accommodation. <u>If an employee has any question regarding requesting an accommodation or his/her equal employment opportunity rights, he is encouraged to call Human Resources. The employee may also contact the U.S. Equal Employment Opportunity Commission to learn more information relating to an employee's equal employment opportunity rights.</u></p> <p>. . . .</p> <p>5. 양식 수정: 피고들은 “정당한 편의제공 요청” 양식의 오타를 수정하여야 한다. “(if one exist)”는 “(If one exists)”로 대체한다.<sup>115)</sup></p> <p>6. 직원 안내: 본 명령이 발효한 후 90일 이내에, 피고들의 지역 매니저들은 a) 직원 핸드북의 “정당한 편의제공 요청” 부분과 양식을 모든 직원들과 검토하고, b) 그러한 정책에 대한 교육을 반영하는 문서를 받아야 한다.<sup>116)</sup></p> <p>7. 직원 안내에 대한 통지: 전항에 기술된 교육을 완료한 후 30일 이내에, 피고는 모든 매장 직원들에게 교육이 진행이 되었음을 고용평등위원회에 알려야 한다. 이 때에는 교육을 받은 직원의 이름, 직함, 장소, 및 교육날짜의 정보를 제공해야 한다.<sup>117)</sup></p> <p>8. 교육: 피고들은 지역 매니저들과 인사담당 관리자에게 4시간의 EEO 교육(연속 4 시간 또는 2시간 단위로 2번)을 제공한다. 이 교육에는 최소한 미국 장애인법을 포함하여 고용 차별과 보복을 금지하는 연방법에 대한 논의와 EEO와 편의제공 정책에 대한 검토에 대한 내용이 포함되어야 한다. 이 교육은 참석자가 고용 차별과 보복을 정의하고 식별하는 방법, 수용 가능한 불만의 제기 방법, 합리적 편의제공</p>
--	---

115) 5. Form Revision: Defendants shall correct the typographical error on the “Request for Reasonable Accommodation” form: “(if one exist)” is to be replaced with “(if one exists)”.

116) 6. Informing employees: Within ninety days of this injunction's entry, Defendants' District Managers and/or Regional Managers shall a) review the employment handbook's “Requests for Reasonable Accommodation” section and form with all store employees and b) obtain documentation from all such employees reflecting their training on such policy.

117) 7. Notice of informing employees: Within thirty days of the completion of the training outlined in the preceding paragraph, Defendants shall certify to the EEOC that such training was provided to all store employees. Defendants' certification shall identify the employee's name and title and location and date of training.

	<p>요청에 대하여 논의, 요청, 대응하는 적절한 방식을 이해할 수 있도록 돕는 것은 목적으로 해야 한다. 피고들은 연간 단위로 이후 3년간 위에서 언급한 교육대상자들에게 교육을 시행해야 하며, 첫 번째 교육은 이 명령의 발효 이후 90일 이내에 시행되어야 한다. 3년 후에는 피고들이 정한 정기적인 주기에 따라 이러한 교육을 시행해야 한다.<sup>118)</sup></p> <p>9. 교육 보고 요건: 피고들은 전향의 교육을 완료한 후 30일 이내에 고용평등위원회에 1) 사용된 교육자료 사본, 2) 교육을 수료한 사람의 이름과 직함, 3) 훈련일자 및 장소, 4) 강사의 이름과 직함을 송부해야 한다.<sup>119)</sup></p> <p>10. 편의제공 요청에 대한 보고서: 이 금지 명령이 발효 후 15개월 이내에 피고는 고용평등위원회에 강제명령이 발효 후 12개월 이내에 신체적 혹은 정신적 장애를 가진 직원이 접수한 편의제공 요청에 대한 요약물을 제공해야 한다. 해당요약에는 a) 직원의 이름, b) 요청 날짜, c) 신체적 또는 정신적 장애의 성격, d) 요청된 편의의 성격, e) 해결 방법을 포함하여야 한다.<sup>120)</sup></p> <p>11. 공지사항 게시: 피고들은 이 명령이 발표 후 3년간, 피고들이 제한한 직원 공지사항(ECF No. 306)을 a) 텍사스주 어빙에 있는 피고의 사무실과 인사 부서의 중앙 게시판, b) 피고가 업무를 수행하는 시설, c) 피고의 내부 웹 사이트에 게시하여야 한다.<sup>121)</sup></p>
--	---

118) 8. Training: Defendants will provide four hours of EEO training (either four consecutive hours with appropriate breaks, or two two-hour blocks) to its District Managers, Regional Managers, Area Managers, Territory Managers, and Human Resources professionals. This training shall include, at a minimum, a discussion of federal law prohibiting employment discrimination and retaliation, including the ADA and a review of Defendants' EEO and requests-for-accommodation policies. The training shall be aimed at helping attendees understand how to define and identify employment discrimination and retaliation, identify acceptable avenues of complaint, and the appropriate ways to discuss, request, and respond to requests for reasonable accommodations. Defendants shall provide this training to these aforelisted individuals on an annual basis for three successive years, with the first of such trainings being provided no later than ninety days after this injunction's entry. After these three years, Defendants shall provide such training on a regular basis to be determined by Defendants.

119) 9. Training reporting requirements: Within thirty days of the completion of the training required by the preceding paragraph, Defendants shall send EEOC: 1) a copy of the training materials used, 2) the training(s)' sign-in sheet, identifying the name and job title of those who completed the training(s), 3) the date(s) and location(s) of training(s), and 4) the name and job title of the trainer(s).

120) 10. Report of requested accommodations: Within fifteen months of this injunction's entry, Defendants shall provide to the EEOC a summary of each request for an accommodation made on a Request for Accommodation form, which was received in the twelve months following this injunction's entry, by an employee with a mental or physical impairment, including a) the employee's full name, b) the date of request, c) the nature of the physical or mental impairment, d) the nature of the requested accommodation, and e) the resolution of such request.

121) 11. Posting of notice: Defendants shall immediately post for a three-year period following this injunction's entry, Defendants' proposed Notice to Employees, ECF No. 306 Ex. A., a) on a centrally located bulletin board at Defendants' corporate office and Human Resource units in Irving, Texas, b) at any facility at which Defendants conduct business, and c) on Defendants' internal website.

	<p>12. 관할: 법원은 이 명령이 발효된 후 4년 동안 해당 강제명령에 대한 관할권을 유지한다.<sup>122)</sup></p> <p>13. 기간 및 종료: 피고가 이 명령의 일부를 준수하지 않은 경우, 고용기회평등위원회(EEOC)는 법원에 해당 명령의 시행을 청원할 수 있다. 어느 한쪽이 이 명령에 관하여 법원에 진정하고자 하는 경우, 법원에 진정하기 최소 30일 전에 상대방에게 서면으로 자신의 입장을 통지해야 한다. 그리고 당사자들은 의견 차이를 해결하기 위해 선의로 만나 협의해야 한다.<sup>123)</sup></p> <p>이상으로 주문한다. 지방법원 행정관은 이 주문을 입력하고 사본을 변호인에게 배포한다.<sup>124)</sup></p>
--	---

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

이 사안에서 미국 법원은 관련 증언 및 증거들을 토대로 강제명령으로 구제조치를 명하는 것이 ‘필요’하다고 판단하였다. 다음으로 법원의 명령이 사안에 맞추어 적절히 조정되었음(narrowly tailored)을 밝혔다. 미국 법원은 피고의 불충분한 장애인법 정책 및 관행으로 인하여 피고 회사의 관리자 및 인사부서가 신 레일리의 장애에 대한 충분한 이해가 부족했으며, 그로 인하여 적절한 의사소통 없이 해고가 이루어졌다고 판단하였고, 강제명령의 내용을 적절히 결정함에 있어서 이를 고려하였다. 따라서 강제명령의 내용이 1) 피고의 직원들이 미국 장애인법에 따른 자신들의 권리 인식, 2) 피고의 관리자 및 인사부서의 미국 장애인법에 따른 의무사항 숙지가 보장되도록 결정되었다. 또한, 피고의 경영진 및 직원들의 이직률을 고려하여, 3년간의 교육 요건이 필요하다고 판단하였다. 종합적으로 이 사안에서 미국 법원은 구제조치를 내림에 있어서 구제조치의 필요성이나 적정성은 고려하였으나, 비례성의 요건은 고려하지 않은 것으로 보인다.

122) 12. Jurisdiction: The Court retains jurisdiction over the imposed injunctive relief for a four-year period following this injunction's entry.

123) Duration and termination: If Defendants have not complied with any part of this injunction, EEOC may petition the Court to enforce this injunction. If either party intends to petition the Court relating to this injunction, that party must advise the other party in writing as to their position at least thirty days before the party petitions the Court. The parties must then meet and confer in good faith to resolve their differences.

124) IT IS SO ORDERED. The District Court Executive is directed to enter this Order and distribute copies to counsel.

## (2) 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적절한 소송지휘 방법, 재량의 구체적인 의미

미국 법원은 원고와 피고 양측 모두에게 강제명령으로 발할 구제조치의 적절한 내용이 무엇일지에 대한 의견을 제출하도록 했다. 이후 양측이 선 제안한 강제명령의 내용, 피고 코튼우드사의 현재의 정책, 법원의 잠정적으로 제안한 강제명령에 대한 원고와 피고의 의견을 모두 고려한 후, 강제명령의 내용을 결정하였다. 즉, 미국 법원은 강제명령을 구체적으로 확정하거나 차별시정의 대안을 제시함에 있어 원고에게만 일방적인 부담을 지우기보다는 소송상 지휘를 적절히 행사하여 그에 대한 원고와 피고 양측의 제안, 피고 회사의 관련 정책 현황, 법원의 안에 대한 원고와 피고 양측의 의견, 관련 자료들이 모두 고려되도록 노력하였다.

## 4. 미국 온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구 사건

### 가. 사실관계

원고는 미국 시각장애인협회(National Federation of the Blind, 이하 'NFB')와 시각장애인 고객이다. 피고는 온라인 쇼핑몰과 오프라인 매장을 모두 운영하는 미국의 대규모 유통업체 중 하나인 타겟(Target corporation)이다.

원고들은 피고가 운영하는 온라인 쇼핑몰 웹 사이트(target.com)가 대체 텍스트 등을 제공하지 않아 시각 장애인의 경우 해당 웹 사이트에서 제공하는 정보 등에 접근할 수 없으며 그에 따라 상품 구매나 관련 서비스의 이용이 불가능하다는 점에 대한 문제를 제기하였다. 이에 원고들은 2006년 2월 피고가 미국 장애인법(ADA)과 캘리포니아 언루 민권법(California's Unruh Act), 캘리포니아 장애인법(California Disabled Persons Act)을 위반하였음을 주장하며 피고를 상대로 집단소송을 제기하였다.

소송의 과정 중에서 미국 장애인법(ADA)의 적용이 오프라인 매장이 아닌 온라인 웹 사이트에도 적용이 되는지, 집단소송 제기가 가능한지 등이 다투어졌다. 이에 대하여 미국 법원은 2006년 9월 온라인 쇼핑몰 웹 사이트의 접근성이 미비한 경우에도 미국 장애인법(ADA) 위반으로 소송을 제기할 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 이 사건은 상업용 웹 사이트의 경우에도 미국 장애인법(ADA)과 관련 주법의 적용을 받아 접근성을 갖추어야 한다고 판단한 최초의 선례가 되었다. 이후 미국 법원은 2007년 10월에 피고의 온라인 쇼핑몰 웹 사이트에 접속을 시도하였으나 접근이 불

가하여 상품이나 서비스의 제공을 받지 못한 시각장애인을 원고로 구성하는 집단소송의 제기가 가능하다고 판단하였다.

소송이 진행됨에 따라 피고는 접근성 관련 기술에 대한 지침 등을 마련하는 등 온라인 쇼핑몰 웹 사이트의 접근성을 개선하기 위한 노력을 하였다. 이후 원고와 피고는 2008년에 조정 및 합의에 이르렀는데, 해당 합의는 피고가 웹 사이트의 접근성 및 관련 정책을 개선하여 2009년 2월 28일까지 웹 접근성을 완전히 갖추는 것, 이와 관련하여 미국 시각장애인연합회(NFB)의 모니터링, 접근성 개선기술 등을 직원교육, 원고들에게 6백만 달러를 지불하는 것 등을 내용으로 하였다. 아래에서는 앞서 언급한 조정에 이르기까지 미국 법원이 내렸던 판단들을 소개하도록 한다.

#### 나. 사건개요

사건번호	452 F. Supp. 2d 946
원고	National Federation of the Blind, Bruce F. Sexton and all others similarly situated
피고	Target Corporation
법원	United States District Court for the Northern District of California
판결선고일	2006. 9. 6.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	원고들은 피고가 운영하는 온라인 쇼핑몰 웹 사이트의 접근성이 미비함을 이유로 다음의 사항들을 청구하였다. (1) 장애인법(ADA) 위반 (2) 캘리포니아 언루 민권법(Unruh Civil Rights Act) 위반 (3) 캘리포니아 장애인법(California's Disabled Persons Act) 위반 (4) 웹 사이트의 접근성을 개선하도록 하는 예비적 강제명령 및 강제명령 (5) 손해배상(monetary relief)
결과	일부 인용
주요 판결사항	1. 원고들의 청구를 기각하기 위한 피고의 주장은 일부 인정되고 일부 기각한다. 2. 예비적 강제명령은 거부한다.
사건번호	582 F. Supp. 2d 1185
원고	National Federation of the Blind, Bruce F. Sexton and all others similarly situated
피고	Target Corporation
법원	United States District Court for the Northern District of California

판결선고일	2007. 10. 2.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	원고들은 피고가 운영하는 온라인 쇼핑몰 웹 사이트의 접근성이 미비함을 이유로 다음의 사항들을 청구하였다. (1) 집단소송을 제기하는 집단의 인증 (2) 장애인법(ADA) 위반 (3) 캘리포니아 언루 민권법(Unruh Civil Rights Act) 위반 (4) 캘리포니아 장애인법(California's Disabled Persons Act) 위반 (5) 웹 사이트의 접근성을 개선하도록 하는 강제명령 (6) 손해배상(monetary relief)
결과	일부 인용
주요 판결사항	1. 원고의 집단 인증 청구를 승인한다. 2. 전국적 단위의 집단소송은 미국에서 거주하는 시각장애인 중 피고의 웹 사이트(target.com)에 접근을 시도하였으나 해당 웹 사이트에서 제공하는 상품이나 서비스를 향유하지 못하고 접근이 거부된 개인들이 포함된다.

#### 가. 쟁점 및 합의

##### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

미국에서 집단소송을 제기하는 당사자는 해당 ‘집단’에 대하여 다음의 요건을 충족해야 한다.

① 집단을 구성하는 구성원의 수가 너무나 대규모여서 모든 집단의 구성원이 소송에 참여하도록 하는 것이 불가능한 경우일 것, ② 공통되는 하나 이상의 법률사실 이 존재할 것, ③ 집단을 대표하는 당사자의 주장이 해당 집단을 대표하는 전형적인 주장일 것, ④ 집단에 속한 모든 구성원의 이익이 공정하고 적절하게 보호될 것이다.<sup>125)</sup> 집단소송의 상대방이 해당 집단에 일반적으로 적용되는 사항에 대하여 일정한 행위를 하거나 거부한 경우, 이에 대하여 집단소송을 제기하는 측이 강제명령을 청구할 수 있다.<sup>126)</sup>

이 사건의 경우, 원고 측의 집단이 어떻게 구성되어야 하는지에 대하여 미국 법원은 ‘미국의 모든 시각 장애인 중 피고의 온라인 쇼핑몰 웹 사이트(target.com)에 접속을 시도하였으나 결과적으로 접근이 거부되어 해당 웹 사이트에서 제공하는 상품이나 서비스를 누리지 못한 개인’으로 집단을 구성하는 것을 승인하였다.

125) Fed.R.Civ.P. 23(a)

126) Fed.R.Civ.P. 23(b)(2)

## (2) 소송계속 중 차별행위가 중지된 경우

소송이 진행되는 가운데 피고는 온라인 쇼핑몰 웹 사이트 개선을 진행하였으며, 그 결과 시각 장애인 고객의 접근성이 향상되었으므로 원고의 청구가 이유 없다고 주장하였다. 이에 대하여 원고 측은 실제로 시각 장애인의 접근성이 일부 향상된 것은 사실이나, 원고가 제기했던 모든 접근성 관련 문제가 해결되지 않았다는 점, 피고 측도 해당 개선으로 원고 측이 제기한 웹 접근성 문제가 모두 해결되었다고 주장하지 못하는 점, 여러 청구 중 키보드와 관련된 접근성만 개선되었다는 점 등을 지적하였다. 또한, 피고의 온라인 쇼핑몰의 경우 계속하여 새로운 페이지들이 끊임없이 추가되고 이 페이지들에 대해서도 웹 접근성의 보장이 가능할지에 대한 우려가 제기되었다.

이에 대하여 미국 법원은 원고 측이 지적한 점들에 더하여 ‘불법행위로 의심되는 행위의 자발적인 중단으로 소송의 실익이 없어지는 것이 아니라’는 법리<sup>127)</sup>를 인용하면서 피고 측의 사후 개선을 이유로 원고의 청구가 이유 없어지는 것이 아니라고 판단하였다. 따라서 사후 개선을 이유로 해당 소송을 종결하여 달라는 피고의 주장을 기각하였다.

## 5. 영화관람 시 장애인 동반자석 보장 청구 사건

### 가. 사실관계

원고 로빈 포티운(Robin Fortytune)은 마비 장애로 휠체어를 이용하는 장애인이다. 피고는 원고가 영화를 관람하고자 한 영화관으로 아메리칸 멀티씨네마(American Multi-Cinema, AMC)이다.

원고는 2000년 6월 25일 아내와 함께 피고 영화관에서 영화를 관람하고자 상영 시작 20분 전에 상영관에 입장하였으나, 휠체어 이용자와 동반하지 않은 비장애인 관람객이 장애인 동반자석<sup>128)</sup>에 착석한 상황이었다. 해당 관람객은 좌석에 장애인 동반자석이 표시되었음에도 원고의 좌석 변경 부탁을 거절하였다. 이에 원고는 피고 영화관 측에 좌석변경을 요청하였으나, 매니저는 해당 영화상영에 티켓이 과다 판매 및 매진된 상황이며, 관련 지침상 좌석이 모두 매진된 경우에는 장애인 동반자석에 대하여 자리 변경을 요구할 수 없다고 답하였다. 원고는 장애인 동반자석에 원고의 아내가 함께 착석하여야 원고의 편의를 돌보아주고 영화를 관람할 수 있었기에 해당 상영

127) “voluntary cessation of allegedly illegal conduct...does not make the case moot.” DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312, 318, 94 S.Ct. 1704, 40 L.Ed.2d 164 (1974).

128) 휠체어이용자와 동반한 관람객이 사용하도록 표시 및 지정된 휠체어좌석 부근의 좌석을 의미한다.

회차의 관람을 포기하였으며, 피고 영화관은 원고에게 영화관람 티켓 2매를 제공하였다. 이후에도 원고는 종종 피고의 해당 영화관을 찾았으며, 동반자석을 수월하게 이용하기 위해 상영 45분 전에 도착하곤 했다.

원고는 2002년 4월 14일 피고를 상대로 장애인 동반자석을 원고의 아내에게 제공하지 않은 것은 원고의 영화를 관람할 권리를 사실상 거부한 것이며, 이는 미국 장애인법(ADA) 및 관련 캘리포니아 법령의 위반이자 장애로 인한 차별임을 주장하며 소송을 제기하였다. 1심 법원은 2002년 10월 22일 장애인법 위반 및 장애를 이유로 한 차별임을 인정하고 강제명령을 부과하였다. 이후 피고가 항소하였으나, 항소법원은 2004년 4월 14일 장애인법 위반 및 차별과 구제명령과 관련된 1심의 판단이 문제없음을 확인하고 피고의 항소를 기각하였다.

#### 나. 사건개요

사건번호	No. CV0105551NMJWJX.
원고	Robin FORTYUNE
피고	AMERICAN MULTI-CINEMA, INC.
법원	United States District Court, C.D. California
판결선고일	2002. 10. 22.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	원고는 원고의 아내에게 휠체어 동반자 좌석 제공을 하지 않은 피고의 정책, 지침 등을 이유로 다음과 같은 사항을 청구하였다. (1) 장애인법(ADA) 위반 (2) 캘리포니아 언루 민권법(Unruh Civil Rights Act) 위반 (3) 캘리포니아 장애인법(California's Disabled Persons Act) 위반 (4) 캘리포니아 불공정 사업법(California's Unfair Business Practices Act) 위반 (5) 장애인법 및 관련 법령(42 U.S.C. § 12188; 42 U.S.C. § 2000a-3(a))에 근거하여 피고에게 부과되는 합리적인 조정의무에 따라 원고에게 휠체어 동반자 좌석에 대한 이용을 보장할 수 있도록 피고의 관련 정책과 절차를 수정하는 강제명령 및 손해배상
결과	인용
주요 판결사항	1. 장애인법(ADA)에 따른 원고의 주장을 사실심리생략판결로 승인한다. 2. 법원은 언루 민권법(Unruh Civil Rights Act), 캘리포니아 장애인법, 불공정 사업법에 따른 원고의 주장을 사실심리생략판결로 승인한다. 3. 법원은 원고가 요청한 강제명령을 부과하며, 해당 명령은 간략히 기재되나 규칙 65(d)에 따른 특수성 요건을 충족함을 확인한다. 이에 따라 법원은 피고에게 다음과 같이 명령한다.

	피고는 휠체어를 이용하는 고객의 동반자가 동반자 좌석을 사용함에 있어서 우선권을 갖도록 관련 정책을 수정해야 한다. 휠체어를 이용하는 고객 또는 그 동반자가 사용하지 않는 경우에는 비동반자는 동반자 좌석을 이용할 수 있다. 단, 피고는 휠체어 이용 고객 및 그 동반 고객이 영화 상영 최소 10 분 전에 휠체어 좌석 구역에 도착하는 한, 해당 동반자 좌석을 이용할 수 있도록 해야한다.
사건번호	364 F.3d 1075
원고	Robin FORTYUNE
피고	AMERICAN MULTI-CINEMA, INC.
법원	The Court of Appeals, Wardlaw, Circuit
판결선고일	2004. 4. 14.
대리인 유무	있음
주요 청구사항	1심 판결에 대한 불복으로 피고가 항소하였다.
결과	항소 기각
주요 판결사항	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 원고에게는 항구적 강제명령을 청구할 자격이 인정된다.</li> <li>2. 장애인 비동반 고객을 휠체어 동반자 좌석에서 이동시켜 달라는 요청을 피고가 거부한 것은 차별에 해당한다.</li> <li>3. 장애인 비동반 고객을 휠체어 동반자 좌석에서 이동시켜 달라는 요청은 피고의 정책, 관행 또는 절차에 있어서 필요하고 합리적인 조정이다.</li> <li>4. 원고가 청구한 편의제공은 피고가 제공하는 서비스의 성격을 근본적으로 바꾸지는 않을 것이다.</li> <li>5. 건물 및 시설에 대한 장애인법 접근성 지침(ADAAAG)는 원고의 주장에 적용되지 않는다.</li> <li>6. 휠체어 이용자 동반 고객이 동반자 좌석 사용에 우선권을 갖도록 하는 강제명령이 장애인에게 과도한 특혜를 제공하는 것은 아니다.</li> <li>7. 1심판결의 강제명령은 민사소송 규정에 따른 특수성 요건을 충족한다.<sup>129)</sup></li> </ol>

129) 주요 판결사항의 원문은 아래와 같다.

patron had standing to seek permanent injunctive relief; theater's refusal to remove noncompanion from companion seat had discriminatory effect; patron's request that theater remove noncompanion was necessary and reasonable modification in theater's policies, practices, or procedures; requested accommodation would not have fundamentally altered nature of services provided by theater; ADA Accessibility Guidelines for Buildings and Facilities (ADAAG) had no applicability to patron's claim; injunction requiring theater "to ensure that a companion of a wheelchair-bound patron be given priority in the use of companion seats" did not result in undue preferential treatment to the disabled; and injunction satisfied specificity requirements under rules of civil procedure.

## 다. 쟁점 및 합의

### (1) 원고와 청구내용의 관련성 정도

이 사건에서는 강제명령을 청구할 자격이 원고에게 인정되는지 여부가 다투어졌다. 강제명령을 청구하기 위해서는 3가지 요건, ① 사실상의 피해(실제적이고 임박한 구체적인 피해),<sup>130)</sup> ② 인과관계, ③ 교정 가능성이 인정되어야 한다. 이 사건에서는 특히 ① 요건이 문제 되었는데 사실상의 피해가 인정되기 위해서는 이미 발생하였으나 반복될 가능성이 없는 과거의 차별만을 주장하는 것으로는 부족하며, 피고로 인하여 원고에게 차별 등의 피해가 또다시 발생할 것이라는 현실적이고도 즉각적인 위협(real or imminent threat of future injury)이 인정되어야 한다.

피고는 원고에게 동반자석을 제공받지 못하여 또다시 차별을 받을 만한 현실적이고도 즉각적인 위협이 존재하지 않아 사실상의 피해가 존재하지 않고 따라서 원고에게는 강제명령을 청구자격이 결여된다고 주장하였다. 그 근거로 피고는 ① 원고 자신은 장애인석을 이용하므로 장애인 동반자석과 관련된 차별과 무관하다는 점, ② 문제의 사안처럼 장애인 동반자석의 이용이 불가능한 상황이 추후 발생할 가능성이 매우 낮다는 점을 제시하였다.

그러나 미국 법원은 ① 영화관람에 동반자의 도움이 필요한 원고로서는 장애인 동반자석 이용이 불가능한 사정으로 인하여 영화를 관람할 권리가 침해되었다는 점, ② 장애인 동반자석에 대한 피고의 정책이 수정되지 않는다면, 이와 동일한 사건이 추후 발생할 가능성이 존재하는 점, ③ 해당 영화관이 원고의 집에서 가장 가까운 영화관일 뿐만 아니라, 해당 사건이 발생한 2000년 6월 25일 이후에도 지속적으로 원고가 피고의 영화관에서 영화를 관람했다는 점 등에 비추어 볼 때, 원고에게 향후 이번 사안과 같은 피해가 발생할 가능성이 매우 높다는 점을 근거로 피고의 주장을 배척하였다.

### (2) 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적정한 소송지휘 방법

미국 민사소송 연방규칙 65(d)에 따라 미국 법원이 발하는 강제명령은 명령의 발행 이유를 명시해야 하며, 부과하고자 하는 행위를 충분히 구체적으로 상세하게 기술하여야 한다. 이 사건에서는

130) injury in fact (a concrete harm suffered by the plaintiff that is actual or imminent, not conjectural or hypothetical)

미국 법원이 부과한 강제명령이 미국 지방법원 민사소송 연방규칙 65(d)에 따른 특수성 요건을 충족하는지 여부가 문제되었다.

피고는 1심에서 부과된 강제명령이 구체적이지 않아 위 연방규칙의 요건에 반한다고 주장하였으나, 항소심 법원은 1심 법원의 강제명령이 충분히 구체적이므로 위 요건을 충족한다고 판단하였다. 그 근거로는 원고가 영화 상영 최소 10분 전까지 도착한 경우에 동반자석 사용에 우선권을 갖도록 관련 정책을 수정할 것을 요구하는 강제명령은 이를 통해 어떤 사항이 금지되어야 하는지가 매우 명확하게 제시된다는 점을 서술하였다.

항소심 법원은 또한 피고의 위 주장이 강제명령의 이행 방법까지 법원이 설명해야 한다는 잘못된 인식에 근거하고 있음도 지적하였다. 항소심 법원은 위 연방규칙이 강제명령의 구체적인 이행 방법에 대한 제시의무를 법원에 부과하지 않으며, 무엇이 이행되거나 혹은 금지되어야 하는지에 대한 합리적이고 상세한 기술이 요구될 뿐임을 설명하였다. 그리고 이 점에 있어서 1심 법원이 부과한 ‘영화상영 최소 10분 전 도착의 경우에는 장애인 동반자석의 보장’이라는 강제명령은 무엇이 이행되어야 하는지를 이미 충분히 명확히 제시하고 있다고 판단했다. 따라서 항소심 법원은 강제명령을 부과함에 있어 구체적인 방법이나 지침을 피고에게 제공하지 않더라도 이는 민사소송 연방규칙 위반이 아니라는 점을 분명히 하였다. 또한, 구두변론을 통해 제안되었던 많은 대안들 중에서 피고가 강제명령을 이행할 가능한 수단을 고안할 수 있음을 확신하며, 피고가 보유한 영화관 및 상영관의 물리적 환경의 다양성 등을 고려할 때, 이행의 방법을 구체적으로 부과하지 않은 1심 법원의 판결의 강제명령이 타당하다고 판단하였다.

### III 소결

이상 미국 사례들의 분석을 통하여 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있었다. 먼저, 미국에서 장애인법(ADA) 위반과 관련 사건 중 상당수가 조정과 합의로 종결되는데, 조정의 내용이 당면한 차별의 시정에 그치지 않고 차별의 재발의 방지까지 고려하며, 그 이행의 주체, 기간, 방법 등과 관련한 내용이 매우 구체적이고 충실하다는 점을 들 수 있다. 다음으로, 미국 법원은 강제명령을 부과함에 있어서 해당 구제조치의 필요성이나 적정성의 요건을 고려하고 있으며, 강제명령으로 발할 내용에 대하여 적절한 소송상 지휘를 행사하고 있다는 점이 주목할 필요가 있다. 특히, 미국

법원은 구제조치 내용 특정 등에 있어 그 부담을 원고에게 일방적으로 부과하기보다는 원고와 피고 모두에게 대안을 제시하도록 하고, 이에 더하여 법원의 독립적이고 종합적인 판단까지 적극적으로 고려하고 있다. 또한, 미국법원은 차별구제청구소송을 제기하는 당사자의 관련성을 폭넓게 인정한다. 온라인 쇼핑물에 접근을 시도하였으나 접근성이 미비하여 접근이 사실상 거절된 경우, 영화관에서 좌석 이용에서 차별을 당한 이후에도 해당 영화관을 계속 이용할 것으로 예정되는 경우 등에서 차별구제를 청구할 당사자의 자격과 강제명령을 청구할 자격을 인정하였다. 마지막으로, 미국법원은 차별행위자의 차별 시정이나 개선이 일부 있더라도 이를 이유로 원고의 청구를 기각하기보다는 원고가 문제 삼은 차별의 모든 상황이 충분히 해결되었는지 그리고 앞으로도 그러한 차별사례가 발생할 여지가 없는지 등을 고려하여 신중히 판단한다는 점을 알 수 있었다.

## 제5장 실무상 쟁점들에 대한 검토

### 제1절 | 차별구제청구권과 차별구제청구소송 일반

#### 1 차별구제청구권의 성격

차별구제청구소송을 제기할 수 있는 청구권원으로서 차별구제청구권이라는 것을 인정할 경우,<sup>131)</sup> 차별구제청구권의 성격을 다양한 측면에서 살펴볼 수 있다.

##### 가. 차별구제청구권이 사법상 권리인지, 공법상의 권리인지

‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에서 피고 서울시장은 “교통약자를 위한 이동 편의 증진계획”은 처분성이 인정되는 행정계획이고, 피고 서울시장은 이러한 행정계획을 수립·시행하는 공권력 행사의 주체로서 원고 A, B, C와 공법관계에 있”다고 주장하면서, 피고 서울시장에 관한 소는 행정소송임을 전제로 행정법원에 관할이 있다고 주장하였다. 이에 대해 제1심 재판부는 피고 서울시장에 대한 소송도 민사소송으로 보아 민사법원에서 소송을 진행할 수 있다고 판단하였다.

우리나라는 공법관계인지, 사법관계인지에 따라 법률 규정이나 법 원칙을 다르게 적용하고 있다. 학계에서는 일반적으로 소송물의 전제가 되는 법률관계가 공법상 법률관계라면 당사자소송, 사법상의 권리라면 민사소송으로 구분으로 구분하고 있다.<sup>132)</sup> 시외이동권 사건처럼 피고 서울시장을 상대로 행정계획의 수립을 요청하는 것은 공법상 법률관계에 해당하는 것으로 생각된다.

131) 제3장에서 살펴본 것처럼, 청구권이 없더라도 법원이 판단할 수 있는 비송사건이라고 본 판결이 있다. 이와 관련하여 소송의 성격에 관하여는 별도의 항목으로 살펴본다.

132) 행정소송법 제3조 제2호에서는 당사자소송을 ‘행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송’으로 정의한다.

한편, ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’의 피고 서울시장처럼 공법상 법률관계에 해당한다고 하여 바로 행법소송에 해당하고 행정법원으로 이송하여야 한다는 주장도 있다. 하지만 당사자소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송절차로 다룬 것 자체를 절차위반이 있다거나 없다거나 하는 등 일률적으로 판단하는 것은 곤란하다.<sup>133)</sup>,<sup>134)</sup> 시외이동권 사건 제2심에서도 차별구제조치 청구의 상대방이 행정주체라거나 그 대상이 공법상의 법률관계에 관한 것이라는 이유만으로 반드시 행정소송의 대상으로 삼아야 할 논리필연적 당위성이 존재하지 않는 점 등을 고려하여 공법상 법률관계라도 민사소송의 대상이 될 수 있다고 보았다.

#### 나. 차별구제청구권이 개별·구체적인 권리인지

사법상 이행청구권을 인정할 수 있는지 여부가 문제된 판결도 있었다. 이와 관련하여 구체적 법률관계에 관한 다툼인지가 문제되는 경우가 있다. ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’의 제1심에서는 피고 운수 회사들이 ‘원고들의 권리 또는 이에 따른 교통사업자의 의무는 구체적인 것이 아니라 일반적·추상적 의무’에 불과하다는 이유로, 즉 위 청구는 구체적 법률관계에 관한 것이 아니어서 각하되어야 한다는 항변을 하였다.

이에 대하여 장애인차별금지법이 구체적인 차별행위를 명시하고 이를 금지하면서(제4조), 피해자로 하여금 적극적 차별구제조치를 구할 권리를 명시하였으므로(제48조), 평등권이 단지 헌법에 규정된 추상적인 권리에 불과하다는 이유로 이를 민사상 소구할 수 있는 권리가 되지 못한다는 본 안전항변은 타당하지 않다는 지적이 있다.<sup>135)</sup> 하지만 어느 정도의 구체적인 법률관계가 있어야 법원이 구제청구소송을 인용할 것인지는 문제 될 수 있다. 우리나라는 규범통제소송을 허용하지 않기 때문에 그 기준을 통일적으로 세우는 것이 필요하다.<sup>136)</sup>

한편, 장애인차별금지법이 시행되기 전에는 장애인의 이동권이 침해된 사건에서 원고와 피고 사이의 계약관계에 따른 배려의무 불이행을 근거로 손해배상청구소송을 인용하였다. 하지만 장애인차별금지법이 시행되면서 원고의 청구원인을 배려의무 불이행으로 인정되는 권리로만 보지 않

133) 하명호, 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급, 인권과 정의 Vo1. 380 (2008), 70쪽.

134) 하명호, 위의 글에서는 “과연 해당 사건에서 행정소송법상의 특칙이 적용될 사건이었는데 이를 적용하였는지 아닌지, 그 사유가 판결에 영향을 미쳤는지 아닌지 등을 개개의 사건마다 면밀히 검토하여 판단하여야 할 것이라고 생각된다.”는 의견이 제시되었다.

135) 하정훈, 92쪽.

136) 하정훈, 93쪽.

고, 원고의 청구권을 대사인적 권리로 구체화하고 물권과 유사한 성질(준물권적 효력)을 인정한 것에 의미가 있다는 견해가 있다.<sup>137)</sup>

‘신길역 등 승강기 설치 사건(#5)’에서 제1심 재판부는 원고에게 특정한 승강기의 설치를 구할 수 있는 구체적인 권리는 없다고 하여 사법상의 구체적인 이행청구권을 부정하였다. 또한 위 사건에서 제1심 법원은 “적극적 조치 명령 판결에 있어서 이를 청구한 피해자에게 반드시 그에 관한 사법상의 구체적인 이행청구권이 있어야 한다고는 할 수 없다. 왜냐하면, 피해자에게 이미 구체적인 이행청구권이 존재하는 경우라면, 장애인차별금지법 규정과 관계 없이 법원은 민사소송법에 따라 그 이행청구권의 존재를 확인하고 그에 따라 이행판결을 하여야 하므로 위 장애인차별금지법 규정은 불필요한 입법에 불과한 것이 되기 때문이다.”라고 판시하였다.

이에 대해서 적극적 차별구제조치를 구하는 청구를 “평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방”으로 볼 경우 적극적 차별구제조치 청구가 “민사상 구체적인 이행청구권”에 기초한 청구로 볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>138)</sup> 사법상의 구체적인 이행청구권을 전제하지 않고 차별구제청구소송을 인정하는 것은 (원고에게 유리한 판단을 하기 위한 논리라고 하더라도) “권리”구제를 주요 내용으로 하는 장애인차별금지법의 입법취지와 내용에 맞지 않다.

#### 다. 차별구제청구권이 방해배제·예방청구권인지, 원상회복을 구하는 불법행위 손해배상청구권인지

차별구제청구권이 평등권 침해에 대한 방해배제·예방청구권인지, 원상회복의 방법으로 구제를 구하는 불법행위 손해배상청구권인지 문제된다.

전자의 해석은, 소유권이나 인격권의 침해에 대해 방해배제·예방청구권이 인정되는 것과 유사하게 장애인차별금지법이 장애인의 평등권을 침해한 행위에 대해 방해배제·예방청구권을 규정하고 있다는 것이다. 이 경우, 차별구제청구권은 상법 제402조가 이사의 위법한 행위에 대한 주주의 유지청구권을 규정하고 있는 것처럼 장애인차별금지법이 위법행위에 대한 방해배제·예방청구권을 명문화한 것으로 볼 수 있다. 같은 취지에서, 하정훈은 장애인차별금지법상 차별구제청구가 ‘평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방’의 청구라고 보았다.<sup>139)</sup>

137) 하정훈, 106쪽.

138) 하정훈, 104쪽.

139) 하정훈, 97쪽.

후자의 해석은, 민법이 불법행위에 의한 손해배상의 경우 원칙적으로 금전에 의하도록 규정하고 있는데,<sup>140)</sup> 장애인차별금지법이 장애인에 대한 차별의 경우 원상회복의 방법이 가능함을 규정하고 있다는 것이다. 이 경우, 차별구제청구권은 금전손해배상의 특칙으로서 원상회복청구를 규정하고 있는 민법 제764조이나 광업법 제77조, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제6조, 특허법 제131조의 권리와 유사한 권리로 볼 수 있다. 금전배상주의와 비교하였을 때, 원상회복주의는 채권자의 보호에 충실하며 법적 논리에 가장 부합하는 방법이라는 점이 장점인 반면, (i) 원상회복이 항상 가능하지는 않다는 점, (ii) 원상회복의 방법이 구체적으로 무엇이나에 대하여 당사자간에 다툼의 소지가 있을 수 있다는 점, (iii) 원상회복에 과다한 비용이 드는 등 채무자에게 지나치게 불리한 경우가 있을 수 있다는 점이 단점이다.<sup>141)</sup> 이 입장을 따를 때, 장애인차별금지법의 관련 규정은 전술한 단점에도 불구하고 장애인의 권리보장과 장애인에 대한 차별의 유효 적절 한 시정을 위해 입법자가 원상회복주의를 택한 것으로 이해할 수 있다.

한편 ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에서 제2심 법원은 장애인차별금지법상 차별구제조치는 불법행위에 대한 구제방법은 금전배상에 의한다는 원칙(민법 제763조, 제394조)에 대한 예외로서 차별행위의 중지 또는 시정 등을 구하는 것으로 보았다. 이는 후자의 입장을 따른 것으로 보인다.

#### 라. 차별시정의무의 ‘하는 채무’로서의 특성

차별구제청구권에 대응하는 상대방, 즉 차별행위 가해자의 의무의 성격이 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

차별구제청구소송에서 법원이 내릴 수 있는 판결의 내용은 “차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등”이 있다(제48조 제2항). 차별적 행위의 중지는 부작위를 명하는 판결이고, 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결은 작위를 명하는 판결이다. 이는 ‘하는(혹은 하지 않을) 채무’에 해당한다. 이 중에서 작위의무는 통상 비대체적 작위의무일 것인데, 이 경우 간접강제의 방법으로 집행을 하게 된다. 그리고 부작위의무도 간접강제의 대상이 될 것이다.<sup>142)</sup>

140) 민법 제763조, 제394조.

141) 편집대표 김용담, 주석 민법, 한국사법행정학회 (2014), 836~837쪽.

142) 편집대표 민일영, 주석 민사집행법, 한국사법행정학회 (2018), 98~100쪽.

그런데 장애인차별금지법 제48조 제3항은 “차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단한 경우 간접강제를 할 수 있음”을 명시적으로 규정하고 있다. 이에 대하여 작위를 명하는 판결도 다른 통상의 사건과 동일 또는 유사하게 판결을 선고하면 될 것이라는 견해가 있다.<sup>143)</sup>

하지만 이 규정은 차별행위를 개선할 수 있는 특정한 조치가 대체적 작위의무에 해당하더라도, 대체집행이 아닌 간접강제를 허용한 것으로 볼 수 있다. 예를 들어 장애인 근로자가 회사 내에서 자신의 신체적 특성을 고려한 책상을 제공받지 못한 것이 차별이라고 한다면, 책상을 제공하는 것은 대체적 작위의무이므로 장애인이 자신의 몸에 맞는 책상을 구입하고 그 비용을 청구하는 것이 채무의 성격에 부합할 수도 있다. 하지만 장애인차별금지법이 ‘가해자에 대하여’ 개선을 명하는 것이고, 그것이 평등권, 인격권과 밀접한 관계가 있는 피해자의 차별당하지 않을 권리에 대응하는 것이라는 점을 고려하면, 스스로 차별행위를 시정하는 조치를 취하고 그 비용만 가해자로부터 받는 것은 장애인차별금지법의 취지에 부합하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 경우에도 대체집행이 아닌 간접강제가 가능하도록 규정을 둔 것이라고 생각한다.

한편, 하는 채무의 성질상 개방성이 불가피하고 적극적 조치 판결을 내리는 과정에서 합목적적인 판단이 들어갈 수밖에 없다는 점이 고려될 필요가 있다는 지적이 있다.<sup>144)</sup>

## 2 차별구제청구소송의 성격

### 가. ‘소송’으로서의 차별구제청구소송

차별구제조치 청구 소송의 비송적 성격을 언급한 판결로 ‘신길역 등 승강기 설치 사건(#5)’ 제1심 판결이 있다. 이 사건에서 재판부는 적극적 조치 명령 판결에 있어서 이를 청구한 피해자에게 반드시 그에 관한 사법상의 구체적인 이행청구권이 있어야 한다고 볼 수는 없다고 하였다. 따라서 피해자는 구체적인 이행청구권이 있든 없든 소송을 제기할 수 있지만, “이행청구권이 없는 경우에 피해자가 제기한 적극적 조치 명령 청구 사건은 법주체간의 권리·의무에 관한 분쟁 사건이 아니라, 비송사건으로 이해함이 옳다”고 한다. 위와 같은 판단에 근거하여 법원은 원고들에게 ‘특정 역

143) 구본권, 162쪽.

144) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

의 특정 구간에 일정한 규격을 갖춘 승강기의 설치를 구할 사법상의 구체적인 이행청구권<sup>145)</sup>이 존재하지 않으나, 그럼에도 불구하고 장애인차별금지법의 취지상 적극적 차별구제조치를 내릴 수 있다고 보았다.

이에 대해 하정훈은 적극적 차별구제조치를 구하는 청구를 “평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방”으로 볼 경우 “민사상 구체적인 이행청구권”에 기초한 청구라고 해석할 수 있다고 하였다.<sup>145)</sup> ‘승강기 설치’를 직접적으로 구할 수 없다는 사유만으로 ‘사법상의 구체적인 이행청구권’이 없다고 볼 수 있는지는 의문이고, 여기서 법원의 재량은 원고들의 이행청구권을 구체적으로 실현하는 과정에서 부여된 것으로 해석하여야 타당하다는 것이다.

그러나 장애인차별금지법 제48조에 따른 ‘차별구제조치의 청구’는 위법행위에 대한 금지청구권(혹은 유지청구)로서의 성격을 가지며, 이러한 금지청구를 구할 권리는 사법상의 구제청구권에 해당하는바, 민사소송으로서 소구할 수 있다고 보아야 한다. 이는 장애인차별금지법의 체계, 장애인차별금지법 제48조의 문언을 해석해 보거나 비교법적으로 검토해 보면 당연한 결론이다.

첫째, 장애인차별금지법은 ① 금지되는 차별을 규정하는 부분(제1~3장)과 ② 차별행위에 대한 권리구제수단을 규정하는 부분(제4~5장)으로 구성되어 있는데, 이는 어떠한 행위가 차별인지, 즉 ‘위법행위’인지를 규정하면서, 이러한 위법행위에 대한 중지 및 시정을 청구할 수 있는 권리를 규정한 것이다. 이러한 규정체계는 부정경쟁방지법과 유사한데, 부정경쟁방지법이 민사상 불법행위에 대한 특칙으로서의 성격을 가지는 것과 마찬가지로 장애인차별금지법 역시 불법행위(위법행위)에 대한 특칙의 성격을 가진다. 요컨대, 장애인차별금지법은 민법 제750조의 불법행위를 보다 구체화하여 ‘위법한 차별행위’를 규정하는 한편, 이에 대하여 보다 강화된 구제수단으로 ‘금지청구권’을 두고 있는 법률로 보아야 한다.

둘째, 장애인차별금지법 제48조 제2항은 법원이 차별구제조치를 ‘판결’의 형식으로 하도록 규정하고 있다. 비송사건에서 재판은 ‘결정’으로 하여야 하므로(비송사건절차법 제17조 제1항), 차별구제청구에 관한 재판은 비송일 수 없다.

셋째, 일반적으로 장애인차별금지법의 ‘차별구제조치제도’는 미국의 강제명령(injunction) 제도에서 유래한 것으로 이해되고 있다.<sup>146)</sup> 미국의 금지명령은 그 내용에 있어서 국내법의 금지청구

145) 하정훈, 104~105쪽.

권(또는 유지청구권)과 유사하다.

이처럼 장애인차별금지법상 국가나 사인을 상대로 ‘차별행위의 금지’를 청구하는 것은 장애인에게 마땅히 보장되어야 할 ‘권리’이다. 한편 신길역 등 승강기 설치 사건과 달리, ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’ 등에서는 피고 운송회사들이 장애인을 위해 “정당한 편의로서 휠체어 승강 설비를 제공할 구체적인 법적 의무”가 있다고 보았고, 이러한 의무를 실현하는 방법으로 적극적인 차별구제조치를 명하였다.

#### 나. ‘이행의 소’로서의 차별구제청구소송

구본권은 이에 대해 “피해자가 청구를 하면 법원은 그 청구에 따라 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다. 여기에서 그 시정을 위한 적극적 조치라 함은 차별행위를 시정하기 위한 적극적 조치라고 해석되어야 할 것이며, 특정한 작위 또는 부작위를 선고할 것을 예정하고 있으므로 소송법상 이행의 소에 해당한다”고 하였다.<sup>147)</sup>

한편, ‘대학 교직원 보직 배제 2차 사건(#3)’에서 피고는 원고의 ‘직책을 부여하라’는 구제청구가 형성의 소이므로 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 허용되는데, 근거 규정이 없어 부적법하다는 항변을 하였다. 법원은 “이 부분 소는 판결로서 곧바로 원고에게 피고 정관에 규정된 4급 이상의 자격을 요하는 직책이 부여되는 형성의 소가 아니라, 피고로 하여금 해당 직책을 부여하도록 하는 이행의 소”라며 피고의 항변을 배척하였다. 이로써 법원은 차별구제청구가 형성의 소가 아닌 이행의 소임을 분명히 하였다.

#### 다. 행정소송이 아닌 ‘민사소송’으로서의 차별구제청구소송

피고가 행정청이고 적극적 조치의 청구 내용이 행정청에게 일정한 처분이나 의무를 이행할 것을 청구하는 내용이라고 하더라도, 장애인차별금지법에 따른 청구는 의무이행소송의 인정여부와 무관하게 가능하고, 그 성격도 행정소송이 아닌 민사소송으로 보아야 한다.<sup>148)</sup> 이에 대해서는 아래에서 자세히 살핀다(제2절 1. 법원 참조).

146) 차성안, 89~90쪽.

147) 구본권, 161쪽.

148) 같은 취지로 구본권, 174쪽.

## 제2절 | 차별구제청구소송의 법원과 당사자

### 1 법원 : 국가를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 소송의 관할

국가 및 지방자치단체를 상대로 이행을 구하거나 처분의 발급을 구하는 경우, 민사법원에 관할권이 인정되는지, 행정법원에 관할권이 인정되는지 문제된다. 행정소송법에서는 의무이행소송이 인정되지 않기 때문에 이행의 소인 차별구제청구는 행정법원에서는 소 자체가 각하될 여지가 있다는 점에서 특히 문제 될 수 있다.

‘시청 공무원 승진 배제 사건(#1)’에서 법원은 원고의 청구가 행정법원 관할임을 전제로, 행정소송법상 의무이행소송이 허용되지 않는다는 이유로 소를 부적법 각하하였다. 장애인의 선거정보 접근권에 관한 기획소송 중 하나인 ‘시각장애인을 위한 선거공보 개선 임시조치 신청 사건(#26)’과 ‘청각장애인을 위한 선거광고 개선 임시조치 신청 사건(#27)’은 신청인들의 의사와 달리 행정법원으로 이송되어 심판되었다.

관할과 관련된 문제는 ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에서 전면적으로 다루어졌다. 피고 중 서울특별시장이 “교통약자를 위한 이동 편의 증진 계획”은 처분성이 인정되는 행정계획이고, 피고 서울특별시장은 이러한 행정계획을 수립·시행하는 공권력 행사의 주체로서 원고들과 공법관계에 있으므로” 이 부분 소는 “민사소송이 아닌 행정소송으로 진행되어야” 한다고 항변하였기 때문이다. 제1심 법원은 민사법원에 관할이 있다고 보았는데, 그 근거로는 ① 장애인차별금지법 제48조 제2항은 미국 강제명령(injunction)의 영향으로 도입되었는데, 강제명령은 명령의 대상이 공법관계인지 사법관계인지 구분하지 않는 점, ② 제48조 제2항의 문언상 ‘행정소송’으로 하여야 함을 명시하지 않은 점, ③ 행정소송에서 의무이행소송이 허용되지 않는 것에 반해, 차별적 행위에 더 효과적으로 대처하기 위하여 의무이행과 유사한 소송을 민사소송에서 가능하도록 한 것이 입법자의 의지로 해석되는 점, ④ 손해배상에 대한 추가적인 구제수단으로서 법원이 적극적으로 조치를 명하는 것은 민사적 구제수단의 성질을 가지는 점, ⑤ 제48조 제2항이 소송의 관할에 대하여 규정하지 않았는데도 차별행위의 주체나 법률관계의 성질에 따라 행정소송 또는 민사소송으로 다르게 분류한다면 분쟁 해결의 절차가 일관되지 않아 혼란을 야기할 수 있는 점 등이다.

이 사건 제2심 법원 역시 차별구제조치 청구의 관할이 민사법원에 있다고 보았다. 제1심 법원에서 든 근거 외에도 ① 장애인차별금지법 제48조 제2항 차별구제조치의 법적 성질이 사법상 권리

인 손해배상청구권을 보완하는 구제방법 중 하나인 점, ② 국가나 지자체가 차별행위를 한 경우, 그 차별행위의 피해자가 손해배상뿐 아니라 차별구제조치 청구도 할 수 있는 점, ③ 차별구제조치 청구의 상대방이 행정주체라거나 그 대상이 공법상의 법률관계에 관한 것이라는 이유만으로 반드시 행정소송의 대상으로 삼아야 할 논리필연적 당위성이 존재하지 않는 점 등을 추가적으로 실시하였다.

비교적 최근 사건인 ‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’에서도 피고가 ‘행정소송 절차로 진행되어야 한다’는 주장을 하였는데, 제1심 재판부는 “구제조치 청구의 상대방이 국가라거나 그 대상이 공법상의 법률관계에 관한 것이라는 이유만으로 행정소송의 대상으로 삼아야 할 논리필연적 당위성이 존재한다고 볼 수 없다”며, 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

차별구제청구 소송이 처음 제기되었던 2013년경에는 관할에 대한 논란이 있었으나, 현재 실무상 적극적 차별구제조치를 구하는 소는 모두 민사상의 소로 제기되고 있어 적극적 차별구제조치를 구하는 소는 민사법원에서 관할하는 것으로 정리되었다고 볼 수 있다.<sup>149)</sup>

## 2 원고

### 가. 원고와 청구내용의 관련성 정도

적극적 차별구제조치를 구하는 소가 이행의 소라면, 자기에게 이행청구권이 있음을 주장하는 자가 원고적격을, 그로부터 이행의무자로 주장된 자가 피고적격을 갖는다.<sup>150)</sup> 이행의 소에서 당사자적격은 형식적으로 판단되기 때문에 실제로 이행청구권이 존재하는지 여부는 문제되지 않는다.<sup>151)</sup> 그런데 차별구제청구가 인용되기 위해서 ‘원고’와 관련해서 추가적인 요건이 필요한지 문제된다. 구체적으로는 (i) 원고가 과거에 차별행위로 인한 피해를 겪었을 것이 요구되는지, (ii) 원고에게 청구내용과의 직접적인 관련성이 요구되는지, 추상적인 관련성으로 충분한지, (iii) 위와 같은 요건이 소송법상 ‘원고적격’에 해당하는지 아니면 원고적격은 원고가 이행청구권을 주장하는 것만으로 충족되는지가 쟁점이 된다.

149) 하정훈, 99쪽.

150) 법원행정처, 법원실무제요 민사소송 (2017), 332~333. 하정훈, 95쪽에서 재인용.

151) 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다44387 판결.

‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’에서 승강기의 설치를 구한 곳은 신길역, 영등포구청역, 충무로역, 신길역, 디지털미디어시티역, 구산역 등 5개 역사이다. 소송을 기획하는 단계에서부터 집이나 사무실을 오갈 때 해당 역사를 실제로 이용하는 장애인을 원고로 구성하였다. 다만 이 부분을 피고가 특별히 다투지는 않았고, 법원도 석명을 요구하지 않았다.

만약 원고 중 지하철을 한 번도 타보지 않은 당사자가 포함되어 있고, 피고도 이를 문제 삼았다면 어떻게 되었을까? 이에 대해 영국은 단체소송이 도입되어 있지 않은 우리나라에서는 원고적격 문제를 고려하여 원고가 최대한 사건과의 관련성이 있어야 소송 진행이 원활할 것이란 의견을 밝혔다.<sup>152)</sup> 우리나라에서도 ‘항공사 홈페이지 웹 접근성 보장 청구 사건(#22)’에서 실제로 사이트에 접근을 시도했던 사람들을 원고로 구성해서 소송을 제기하였고, 조정을 통해 항공사가 홈페이지의 웹 접근성을 확보하는 것으로 확정되었다.

‘온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구 사건(#24)’에서는 원고적격이 문제된 것은 아니나, 손해배상액 산정 과정에서 원고와 청구와의 관련성이 고려되었다. 해당 쇼핑몰을 이용한 적이 없는 사람에게 위자료를 적게 인정해야 한다는 취지였다. “원고 등 중에는 이 사건 웹 사이트를 이용해 상품을 구매하는 과정에서 어려움을 겪거나 접근성 부족으로 상품 구매를 단념한 사람들도 있을 것이나 이 사건 웹 사이트를 이용한 적이 없었던 사람들도 있을 것으로 보이고, 후자의 경우에 해당하는 원고 등에게 발생한 정신적 손해는 실제 이 사건 웹 사이트를 이용하였거나 이용하고자 했던 원고 등에 비하여 크지 않을 것으로 보이는데, 원고 등 중 실제 이 사건 웹 사이트를 이용하였거나 이용하고자 했던 사람들이 얼마나 되는지 알 수 있는 객관적 자료가 제출되지 않은 점, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 고려하면, 피고가 원고 등에게 지급할 위자료는 각 100,000원으로 정함이 타당하다.”

또 다른 미국 사례인 ‘영화관람 시 장애인 동반자석 보장 청구 사건’에서도 원고가 강제명령을 청구할 자격이 있는지 쟁점이 되었다. 이 사건의 원고는 휠체어를 이용하는 장애인으로, 영화 상영 20분 전에 영화관에 도착했으나 비장애인이 휠체어 동반자 좌석에 착석해 있어 비장애인인 배우자와 영화를 관람하지 못했다. 원고는 영화관을 상대로, 휠체어 동반자석을 배우자에게 제공하지 않은 것은 원고의 영화관람권을 사실상 거부한 것으로서 장애로 인한 차별임을 주장하며 소송

152) 영국국과의 인터뷰(제2장 제3절). 윤정노도 민사소송법 체계상 ‘차별을 당할 수’ 있다는 정도로는 부족할 것이란 의견이었고, 김재왕은 원고와 원고의 청구 사이에 어느 정도 관련성이 필요하고, 실제 구체적인 피해도 있어야 할 것이란 의견이다. 각 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절), 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절).

을 제기하였다. 원고가 강제명령을 청구하기 위해서는 ① 사실상의 피해(실제적이고 임박한 구체적인 피해), ② 인과관계, ③ 교정가능성이 인정되어야 하며, 이 사건에서는 ① 요건이 문제되었다. 사실상의 피해가 인정되기 위해서는 반복될 가능성이 없는 과거의 차별을 주장하는 것만으로는 부족하고, 원고에게 차별이 또다시 발생할 것이라는 현실적이고 즉각적인 위협(real or imminent threat of future injury)이 인정되어야 하기 때문이다. 피고는 원고에게 현실적이고 즉각적인 위협이 없다고 주장했는데 그 근거는 ① 원고가 휠체어석을 이용하므로 휠체어 동반자석과는 무관하다는 점, ② 앞으로 휠체어 동반자석 이용이 어려운 상황이 발생할 가능성은 매우 낮다는 점이었다. 그러나 미국 법원은 ① 휠체어 동반자석 이용이 불가능하여 원고의 영화관람권이 침해되었다는 점, ② 휠체어 동반자석에 대한 피고의 정책이 수정되지 않으면 동일한 사건이 발생할 가능성이 인정되는 점, ③ 피고의 영화관이 원고의 집에서 가장 가까운 영화관이고, 원고가 지속적으로 피고의 영화관에서 영화를 관람했다는 점에 비추어 볼 때 향후 같은 피해가 발생할 가능성이 매우 높다는 점을 들어 피고의 주장을 배척했다. ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’의 항소심에서 원고들이 주로 이용할 극장으로 청구 대상이 한정되어야 하는지 쟁점이 되었는데, 원고들은 비장애인들이 집이나 회사 근처의 극장만 이용하는 것이 아닌 것처럼 원고들 역시 전국 어디에서도 편의를 제공받아야 하므로 대상을 한정할 수 없다고 주장하여 다투어지고 있다.

그 외 다른 소송에서는 원고가 차별행위의 직접 당사자이거나, 적어도 최소한의 관련성은 확보한 뒤 소송을 제기하기 때문에 원고 적격이 문제된 사례는 더 찾을 수 없었다.

#### 나. 비장애인의 차별구제청구 가부

장애인차별금지법은 ‘이 법에서 금지하는 차별행위로 인하여 피해를 입은 사람’을 피해자로 정의하면서 법원은 피해자의 청구에 따라 차별구제판결을 내릴 수 있다고 규정하고 있는데,<sup>153)</sup> 비장애인도 차별구제청구를 할 수 있는지 문제된다.

‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’에는 시각장애인뿐 아니라 그들과 동행한 비장애인들도 원고에 포함되었다. 동행한 장애인과 함께 놀이기구에 탑승하려고 했으나, 장애인의 놀이기구 탑승이 거부되어 함께 탑승할 수 없었던 사람들이다. 피고는 비장애인들의 놀이기구 탑승을 제

153) 장애인차별금지법 제48조 제2항, 제38조.

한한 사실은 없으므로, 비장애인 원고들의 ‘가이드북 수정’을 구하는 차별구제청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 주장하였다. 또한 비장애인 원고들은 시각장애인 원고들과 단순히 동행한 것에 불과하여 위자료가 인정될 만한 정신적 고통이 있다고도 볼 수 없다고 주장하였다. 법원은 피고의 주장을 받아들여 비장애인의 차별구제청구 부분은 각하하고, 금전지급청구 부분은 기각하였다. 적극적 조치를 구할 수 있는 원고 적격이 있는 사람은 ‘차별행위로 인한 피해자’인데 (장애인차별금지법 제48조 제2항, 제3항), 비장애인인 원고들은 시각장애인 원고들과 단순히 동행한 것에 불과하여 차별행위로 인한 손해를 입지 않았다는 점을 이유로 들었다. 장애인차별금지법 제48조 제2항을 해석하면서, 차별구제조치를 구할 수 있는 자를 피해자로 한정한 것이다.

비장애인인 원고가 ‘차별행위의 피해자’가 아니어서 원고적격이 없다고 본 ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’에 대해 하정훈은 “적극적 차별구제조치를 구하는 소가 ‘이행의 소’인데 일반적인 이행의 소와 달리 원고적격을 ‘피해자’로 제한할 어떤 현실적 필요성이 있다고 볼 수 없다. 오히려, 적극적 차별구제조치를 구하는 소에 일반적인 이행의 소에 인정되지 않는 별개의 소송요건을 추가할 경우, 위 소송의 난해함을 가중시키는 결과가 초래될 수도 있다. 나아가, ‘피해자’만이 적극적 차별구제조치를 구할 당사자적격이 있다는 견해를 채택할 경우, 원고들이 차별행위의 ‘피해자’인지 여부에 관한 쟁점이 소의 적법요건 단계에서 다뤄지게 되는데, ‘피해자’인지 여부는 차별행위의 존부와 관련된 쟁점이어서 적법요건을 판단하는 단계에서 본안에 관한 심리가 실질적으로 이루어질 위험이 있다”<sup>154)</sup>며 비판했다. 장애인차별금지법 제48조 제2항의 ‘피해자의 청구에 따라’ 적극적 차별구제조치를 할 수 있다는 문언은 본안에서의 인용 여부에 관한 규정이라고 해석하는 것이 타당하지, 당사자적격을 제한하는 규정이 아니라는 것이다.<sup>155)</sup> 결론적으로 위 사건에서 비장애인인 원고들의 차별구제청구 부분에 대해서는 소를 각하할 것이 아니라 청구를 기각했으면 된다는 입장이다.

한편, ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에도 영유아를 동반하여 유모차를 이용하는 고객과 고령자가 원고에 포함되었다. 그러나 이들의 청구는 교통약자법에 보장된 교통약자의 이동권이 제한된 것에 대한 손해배상청구였고, 인용되지 않았다.

154) 하정훈, 95~96쪽.

155) 하정훈, 96쪽.

### 3 피고

#### 가. 사인을 상대로 하는 차별구제청구의 가부

국가나 지방자치단체가 아닌 사인(私人)을 상대로도 차별구제청구를 할 수 있는지 문제된다.

사인을 상대로 차별구제조치 청구를 하는 것이 적절한지 여부가 판결에서 정면으로 다루어진 사례는 없었다. 제도가 정착되던 초기에는 사인을 상대로 차별구제청구를 다소간의 논란이 있었던 것으로 보이나, 실무상 가능한 것으로 정리되었다. 제48조 제2항의 문언상으로도 사인을 상대로 한 청구가 제한될 이유는 없어 보인다.

한편, 이와 관련된 특수한 문제로 학교에서 차별이 발생한 경우 학교의 장과 학교 법인 중 누구를 피고로 특정해야 하는지의 문제가 있다. 일반적으로 민사소송에서 법인을 상대로 청구를 하는 것이 당연하나, 장애인차별금지법상 교육 영역에서 차별금지의 주체를 ‘교육책임자(교육기관의 장 또는 운영책임자)’로 규정하고 있어 혼란이 발생한 것이다. 결론적으로 차별구제청구에서도 법인을 상대로 청구를 하면 되고, ‘대학 교직원 보직 배제 1-2차 사건(#2, #3)’에서 역시 학교 법인을 피고로 하여 소송을 구하여 청구가 인용되었다.

#### 나. 국가를 상대로 하는 차별구제청구소송의 제문제

국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송의 경우, 이러한 소송이 행정소송법상의 당사자소송 또는 강학상 의무이행소송에 해당하는지 문제된다. 또한, 국가나 지방자치단체를 상대로 한 차별구제청구소송에서 피고를 어떻게 특정하여야 하는지도 쟁점이 된다.

차별구제조치에 관한 소송이 국가 또는 지방자치단체를 상대로 제기된 경우에도 이를 원칙적으로 행정소송이 아닌 민사소송으로 본다는 것은 앞서 살핀 바와 같으므로 여기서는 생략한다(제1절 1. 법원 참조).

나아가 하정훈은 적극적 차별구제조치를 구하는 소송에서는 (행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서와 달리) 처분청은 그 자체로 민사적인 권리·의무의 주체가 될 수 없으므로, 민사소송의 상대방은 처분청이 아닌 그 처분청이 속한 국가, 지방자치단체 또는 공법인이 되어야 한다고 주장한다.<sup>156)</sup> 이를테면 ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에서 원고들은 대한민국, 서울특별

시, 경기도 외에 국토교통부장관, 서울특별시, 경기도지사도 피고로 표시하였는데, 이는 소의 성질상 적절하지 않다는 것이다. 실제로 원고들은 제1심과 달리 항소심에서는 대한민국, 서울특별시, 경기도에 대해서만 소송을 진행하였다.

### 제3절 | 차별구제청구소송의 청구취지와 주문

#### 1 청구의 특징: 요구되는 청구취지 특성의 정도

차별구제청구소송의 청구취지와 주문이 어느 정도 특정이 되어야 하는지는 실무상 가장 빈번하게 문제가 되는 쟁점이다. 원고의 입장에서는 차별구제청구소송을 통해서 일회적이고 포괄적인 권리구제를 받을 필요가 있으며, 피고가 구체적으로 어떠한 방법으로 차별을 시정할 수 있는지 알기 어려운 경우도 적지 때문에, 원고 측에서는 차별구제청구소송에서 그 청구취지를 가능한 포괄적으로 기재할 필요가 있다. 이에 대해서, 피고 측에서는 청구가 구체적으로 특정되지 않아서 판결이 선고되더라도 그 이행 및 집행가능성이 낮다고 주장하는 경우가 많으며, 법원도 청구의 특정 여부에 의문을 표하는 경우가 적지 않다. 결국, 소송 실무에서는 원고의 청구취지가 지나치게 포괄적인 것인지, 아니면 충분히 특정이 된 것인지 여부를 중심으로 공방이 이루어진다.

기본적으로 청구취지와 주문은 피고가 그 의무의 내용을 이해할 수 있을 정도로만 특정되면 충분히 특정되었다고 보아야 한다.<sup>157)</sup> 민사 가처분의 경우에도, 채권자가 가처분을 신청함에 있어서 구체적인 처분방법을 반드시 표시할 필요는 없으나, 적어도 가처분에 의하여 얻으려는 실질적인 목적은 표시하여야 한다고 이해되고 있다.<sup>158)</sup> 목적 달성을 위한 구체적인 방법을 정함에 있어서 채무자에게 일정한 재량이 남아 있도록 주문을 정하는 것은 문제되지 않는다.<sup>159)</sup> 대리인을 선임할 의무나 민법 제223조의 공사청구에 응할 의무가 그 대표적인 예이다.<sup>160)</sup>

156) 하정훈, 103쪽.

157) 같은 취지로, 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절), 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

158) 편집대표 민일영, 750쪽.

159) 편집대표 민일영, 764쪽.

160) 편집대표 민일영, 764쪽.

한편, 대법원은 ‘채무자가 취하여야 할 구체적인 행위’를 기준으로 청구취지를 특정하는 대신, ‘채무자의 조치를 통해서 달성하여야 할 결과에 관한 기준’을 제시한 유지청구에 대해서 그 적법성을 인정한 바 있다. 도로에서 발생하는 소음이 인근 주민들의 주택에 일정 소음기준을 초과하여 유입되지 않도록 하라는 취지의 유지청구<sup>161)</sup>는 청구가 특정되었고 이에 대한 집행도 가능하다고 판단한 것이다.<sup>162)</sup> 위 판결은 ‘추상적 유지청구의 적법성’을 인정한 것으로 이해되고 있는바,<sup>163)</sup> 같은 맥락에서 차별구제청구소송에서도 ‘차별시정조치를 통해서 구체적으로 달성하고자 하는 결과’에 관한 기준만 제시된다면 그러한 청구취지는 적법하다고 보는 것이 타당하다.

같은 취지로, 권창영은 ‘차별구제조치의 청구취지나 주문은 사회통념상 작위의무를 특정할 수 있을 정도면 충분하고, 피고의 입장에서 의무의 내용을 이해할 수 있을 정도로 특정되면 족하며, 아주 구체적인 부분까지 정해져야 하는 것은 아니’라는 입장이다.<sup>164)</sup> 최근 들어 지식재산권 분야에서는 지식재산권의 내용과 제품명까지 특정하면 신청취지가 적법하다는 것으로 실무례가 바뀌었는데,<sup>165)</sup> 이는 차별구제청구소송의 청구특정에 있어서도 시사하는 바가 크다. 노동 사건에 관한 가처분에서 여러 형태의 작위의무를 명하는 주문례가 축적되어 있는데, 이러한 주문례들이 특정 정도의 문제에 있어서 참고가 될 수 있을 것이다.<sup>166)</sup>

구체적으로 살펴보면, 노동 사건의 경우 실무상 재임용절차이행청구 가처분, 특정보직부여청구 가처분, 인사발령단행 가처분, 교수에 대한 강의실부여청구 가처분, 단체교섭응낙청구 가처분 등이 이루어지고 있다.<sup>167)</sup> 그리고 인허가를 신청하는 등 각종 행정절차를 이행할 의무, 주주총회를 열어 해산결의를 할 의무, 면접교섭에 대한 협력의무 등이 간접강제가 가능한 채무로 이해되고 있는데,<sup>168)</sup> 그 주문도 참고가 될 수 있다. 요컨대, 작위의무의 이행을 명하는 주문례가 실무적으로 정착되어 있는 분야가 존재하며, 장애인차별금지법상 차별구제판결의 경우에도 아직 충분히 실무

161) 본 사건에서, 방음벽 등을 설치해서 소음을 줄일 것인지, 소음의 발생 자체를 줄일 것인지 등 구체적인 방법에 대해서는 청구취지에서 정해진 바가 없다.

162) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904 판결.

163) 같은 취지로, 전병서, “추상적 유지청구의 적법성 - 청구의 특정 및 집행방법과 관련하여”, 인권과정의(2008. 6.), 145~157쪽.

164) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

165) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

166) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

167) 편집대표 민일영, 767~772쪽.

168) 편집대표 민일영, 767~772쪽.

례가 축적되지 못하였을 뿐 어느 정도의 개방성을 가지고 있는 청구취지나 주문도 가능하다고 보아야 한다.

한편, 청구의 특정과 관련해서는 이행가능성과 집행가능성이 고려되어야 한다는 견해가 유력하다.<sup>169)</sup> 다만, 본안에서 판단하여야 할 문제와 집행 단계에서 판단하여야 할 문제는 구분해서 보아야 한다. 윤정노는 본안단계에서의 청구는 피고가 이행해야 하는 의무를 명확하게 인지할 수 있을 정도로 특정되면 충분하고, 만약 이행이 되었는지에 대해서 다툼이 있다면 그것은 집행 단계에서 충분히 따져볼 수 있다는 입장이다.<sup>170)</sup> 민사 가처분의 경우에도, 법원의 재량에 의하여 그 처분의 방법을 정함에 있어서 집행단계에서 집행기관이나 채권자의 재량에 어느 정도 맡길 수 있는 사항은 세목까지 정할 필요는 없다.<sup>171)</sup>

그리고 청구를 특정함에 있어서 열거의 방법을 사용하는 것도 가능하다고 보아야 한다. 예를 들어 장애인의 이동권에 관한 사건에서 ‘경사로, 엘리베이터, 복도 등의 시설을 설치하라’는 것과 같이 1~3개 정도의 예시를 들면서 ‘등’을 붙여서 청구하는 것도 가능할 것이다.<sup>172)</sup>

한편, 원고가 청구를 지나치게 구체적으로 특정하는 것이 오히려 적절하지 않은 경우도 있을 수 있다. 차별을 해소할 수 있는 다양한 방법이 존재하며 각각의 방법이 모두 차별해소를 위한 적절한 방법일 경우에는 원고가 청구를 지나치게 구체적으로 특정할 경우, 오히려 차별시정에 관한 피고의 재량이 지나치게 축소되어 버릴 수 있다. 이 경우 원고가 정한 방법에 따라 차별이 시정될 수 있을 것이나, 피고가 보다 더 적절한 방법을 택할 기회는 사라지게 된다. 어떠한 방법으로 차별을 시정하는 것이 가장 합리적인지를 가장 잘 알 수 있는 주체는 피고라는 점에서, 지나치게 구체적인 청구취지는 바람직하지 않을 수 있다.

관련해서 법원은 ‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’에서 제1심 법원은 “원고들이 승강기 설치를 구하며 별지2 ‘엘리베이터의 구조·재질에 대한 세부기준’ 기재와 같이 설치를 구하는 승강기를 규격을 특정하였으나, 이는 일응의 기준을 그대로 옮긴 것일 뿐 이 사건 각 역사의 구조, 이용 현황 등 형편에 따라 특정된 것은 아니며, 위 규격과 같은 승강기의 설치만이 차별상태를 시정할

169) 같은 취지로, 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절), 하정훈, 113쪽.

170) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

171) 편집대표 민일영, 748~749쪽.

172) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

유일한 수단이라고 주장하는 것도 아님을 알 수 있다(원고들의 2019. 1. 16.자 준비서면 참조)”며, 청구를 기각하였다. 청구가 지나치게 구체적으로 특정되어 있다는 이유로 청구를 기각한 것인데, 재판과정에서 대안에 대한 심리나 이에 관해서 피고의 입장을 구하는 석명은 이루어진 바 없었다는 점에서 그 결론 및 과정의 타당성을 인정하기 어렵다.<sup>173)174)</sup>

김재왕도 청구취지가 지나치게 구체적으로 특정됨에 따라 생기는 문제를 지적하고 있다. 예컨대, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’의 경우 소 제기 당시에 에버랜드 측의 규정을 중심으로 구체적으로 청구취지를 특정하였는데, 소 제기 이후에 관련 규정이 모두 개정되어 버렸다. 이에 따라 청구취지를 다시 변경할 필요가 생겼는데, 이는 보다 포괄적으로 청구취지를 구성하였더라면 생기지 않았을 문제로 보인다고 한다.<sup>175)</sup>

같은 문제는 사실심 변론종결 후에 규정을 새롭게 만드는 경우에도 발생한다. ‘특정한 규정에 특정한 내용을 수정하라’는 내용의 구체적인 주문으로 차별구제판결이 내려질 경우, 이러한 사실심 변론종결 후의 사정변경에 대응할 수 없다. 원고로서는 새롭게 차별구제청구소송을 제기하여야 할 것이다. 반면, ‘피고는 특정한 내용을 담아서 규정을 운용하라’는 등의 보다 차별적인 주문으로 차별구제판결이 내려진다면, 분쟁의 일회적 해결과 채권자의 두터운 권리보호가 가능하다.

## 2 다양한 차별시정 방법이 존재하는 경우의 청구취지: 주위적·예비적 청구, 선택적 청구의 가부

다양한 차별시정 방법이 존재하는 경우, 원고가 차별구제청구소송을 통해서 여러 차별시정 방법들을 병렬적으로 청구할 수 있는지, 혹은 순서를 붙이거나 선택적으로 청구해야 하는지 문제가 된다.

173) 과정의 측면에서 본다면, 법원으로서 원고가 청구하고 있는 방법의 차별시정 외에 다른 대안이 있는지를 피고 측에 석명을 했어야 했다고 생각된다. 결론의 측면에서 보더라도, 차별구제청구소송은 ‘가장 적절한 차별구제조치’를 찾는 절차가 아니며 원고가 구하는 차별구제조치가 적정하다면 이를 인용하는 절차라는 점에서 타당하지 않다.

174) 한편, 대법원은 청구취지가 특정되지 않은 경우 법원은 직권으로 보정을 명하여야 하며, 보정의 기회를 부여하지 않고 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 않은 것으로 위법하다는 입장이다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결). 위 판례가 궁극적인 취지가 당사자의 예상하지 못한 불이익을 방지하는 데에 있다는 점을 고려할 때, 청구취지가 지나치게 구체적으로 특정됨에 따라 청구를 그대로 인용할 수 없는 상황에서도 이에 관한 석명이 필요하다고 보는 것이 타당하다.

175) 김재왕과의 인터뷰(제2장 제3절).

이 경우, 원고는 청구들을 주위적·예비적으로 병합하거나, 선택적으로 병합하거나, 여러 청구를 병렬적으로 단순 병합할 수 있을 것이다. 그리고 각각의 청구가 서로 양립 불가능하다면 주위적·예비적 병합이, 택일적으로 가능하다면 선택적 병합이, 양립가능하다면 객관적 병합이 타당하다.<sup>176)</sup> 대부분의 경우에는 차별시정 방법들이 서로 양립이 가능할 것으로 보인다.<sup>177)</sup> 나아가, 여러 청구들이 서로 양립가능하다고 하더라도 원고 측의 의사에 따라 그 청구들 사이에서 순서를 붙이는, 이른바 ‘부진정 예비적 병합’도 허용될 수 있을 것이다.<sup>178)</sup> 즉, 다양한 차별시정 방법이 존재하는 경우, 원고는 민사소송법의 일반 법리에 따라 청구의 병합이 가능하며, 원고 측의 의사에 따라 그 방법들 사이에서 순서를 붙여서 청구를 하는 것도 가능하다.

단순 병합의 경우 법원은 각각의 청구항을 모두 인용할 수 있고, 일부를 인용하거나 전부 기각할 수 있다.<sup>179)</sup> 예컨대, 반복되는 차별행위에 대해서 피고 측이 이를 방지하는 내용으로 업무 매뉴얼을 수정하도록 하는 청구와 피고 소속 직원들에게 차별행위 방지에 관한 교육을 실시하도록 하는 청구는 각각의 청구는 차별시정에 있어서 고유한 의미를 가지며 서로 양립 가능하다. 따라서 이러한 차별시정 방법들은 단순 병합의 형태로 청구할 수 있으며, 법원은 각각의 차별구제조치에 대해서 당부를 따져서 인용 여부를 판단하면 된다.

선택적 병합의 경우 법원은 적절한 청구를 택할 수 있다.<sup>180)</sup> 예컨대, 휠체어를 사용하는 장애인의 지하철 역사 내 이동권이 문제되는 사건에서, 원고가 그 차별구제조치로 경사로를 설치하는 것과 엘리베이터를 설치하는 것 사이에 선호가 없다면 선택적 병합을 할 수 있을 것이다. 이 경우, 선택적 병합을 하게 되면 법원이 다양한 차별시정 방법 중에서 적절한 하나의 방법을 택할 수 있다는 장점이 있다.

다만, 법원이 하나의 방법을 택하기 어려운 경우도 생각해볼 수 있다. 법원 입장에서는 원고가 선택적으로 병합해서 청구하고 있는 차별구제조치들이 모두 일응 적정한 것으로 판단되나, 그 중 어느 방법이 기술적인 측면이나 피고의 부담 측면에서 보다 나은 조치인지를 판단하기는 어려운 경우이다. 피고 측에 석명을 구하는 것이 방법이 될 것이나, 피고가 직접 선택을 하도록 하는 것

176) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

177) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

178) 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용된다는 점에 대해서는, 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결 참조.

179) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

180) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

이 보다 합리적인 경우도 있을 것이다.

이러한 경우에는 청구취지와 주문에서부터 피고의 선택권을 부여하는 방안을 고려해볼 수 있다. ‘피고는 원고에게 A 조치를 취하거나, B 조치를 취하라’는 형식으로 청구취지와 주문을 구성하는 것이다. 이러한 청구취지와 주문은 피고가 그 의무의 내용을 이해하는 데에 문제가 없고, 이행가능성이나 집행가능성 측면에서도 문제가 없다. 나아가, 피고의 자유를 보다 덜 침해하는 방법이 될 수 있으므로, 이러한 형식의 청구취지와 주문은 향후 적극적으로 고려해볼 수 있다. ‘대는 소를 포함한다’는 관점에서 보면, 원고가 A 조치와 B 조치를 단순 병합해서 청구하였을 때에도 법원은 처분권주의 위반 문제없이 위와 같은 주문의 판결을 내릴 수 있을 것이다.

‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’과 ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’에서 이러한 형식으로 청구취지가 구성된 바 있다. 전자의 사건에서, 항소심에서 변경된 청구취지는 ‘피고는 원고들에게 엘리베이터를 설치하거나, 통로를 설치하라’는 것이었는데, 이러한 형식의 청구취지는 쟁점이 되지 않았고 청구는 결과적으로 인용되지 않았다. 후자의 사건에서는 항소심에서 청구취지가 ‘피고들은 원고들에게 스피커에서 화면해설이 나오는 방식이나 화면해설 수신기기를 이용하는 방식으로 화면해설을 제공하라’는 내용으로 변경되었고, 현재 항소심 계속 중이다.

주위적·예비적 병합의 경우(부진정 예비적 병합의 경우를 포함), 원고가 정한 바에 따라 법원의 심판순서가 정해진다. 여러 차별시정 방법이 존재하고, 그 중에서 원고가 보다 선호하는 방법이 있을 경우 이러한 청구가 활용될 수 있다.

### 3 당사자주의와 법원의 소송지휘: 청구특정에 있어서 민사소송법상 처분권주의, 변론주의의 문제와 법원의 적절한 소송지휘 방법

차별구제청구소송에서는 청구의 특징을 위해서 법원의 적절한 소송지휘가 필요할 수 있는데, 이러한 법원의 소송지휘와 민사소송법상 당사자주의의 관계가 쟁점이 된다. 또한 차별구제청구소송에서 법원의 재량이 인정된다면 이러한 재량과 당사자주의의 관계도 문제가 된다. 구체적으로는 (i) 청구취지의 특징을 위한 소송지휘, (ii) 가능한 일부인용판결의 범위, (iii) 청구취지 특징을 위한 법원의 적절한 석명권 행사방법에 관한 문제이다.

먼저, 청구취지의 특정을 위한 법원의 소송지휘는 폭넓게 인정될 필요가 있다. 다만, 청구의 특정 정도에 관하여 전술한 논의에 비추어 볼 때, 이러한 소송지휘는 청구취지가 사회통념상 작위의무를 특정하기에 충분하지 않고, 피고의 입장에서 의무의 내용을 이해할 수 없을 정도에 한해서 이루어져야 할 것이다. 청구가 충분히 특정되지 않았을 경우, 법원은 바로 소를 각하할 것이 아니라 원고 측에 청구취지를 분명하게 특정할 것을 요구하는 것이 타당하다는 점<sup>181)</sup>에서도, 이러한 소송지휘는 불가피하다. 실무에서도 이러한 소송지휘가 활발하게 이루어지는 것으로 보인다.

다음으로, 가능한 일부인용판결의 범위와 관련해서, 양적 일부인용판결이 가능하다는 점은 분명하다. 예컨대, ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’의 항소심에서는 ‘스크린당 2개 이상의 화면해설 수신기기를 구비하라’는 내용으로 청구취지 변경이 이루어졌는데, 구비가 요구되는 스크린당 화면해설 수신기기의 개수는 줄이는 판결이 양적 일부인용판결에 해당할 것이다.

또한 질적 일부인용판결도 상대적으로 넓게 인정되는 것이 타당하다.<sup>182)</sup> 차별구제청구소송을 통해서 구하는 ‘하는 채무’의 개방성에 따른 불가피한 특성이라고 볼 수 있다.

질적 일부인용판결이 이루어진 대표적인 사례는 ‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’의 제1심 판결이다. 법원은 원고가 구하고 있는 청구의 목적 범위 내에서 가이드북의 수정 문구를 적절하게 정하였는데, 이는 적법한 질적 일부인용판결로 보인다.

반론 보도청구의 경우, 대법원은 ‘신청인이 구하는 반론 보도문에 내용상의 제한이나 허용 범위를 벗어나는 부분이 포함되어 있으면 신청인이 구하는 반론보도의 전체적인 취지에 반하지 않는 범위 안에서 신청인의 명예나 권리가 최대한 회복할 수 있도록 이를 적절히 수정하여 인용할 수 있다’는 입장<sup>183)</sup>이라는 점에 비추어보더라도, 차별구제청구소송에서 질적 일부인용판결은 폭넓게 인정될 필요가 있다.<sup>184)</sup> 유사한 취지에서, 구본권은 ‘법원은 재량권을 원고의 청구 목적 범위 내에서 행사하여야 하나, 법원이 원고가 청구한 내용에 기계적으로 기속될 필요는 없고 원고가 청구한 목적을 고려해서 적절한 차별구제조치를 결정할 수 있다’고 보았다.<sup>185)</sup> 하정훈도 ‘법원은 일부

181) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

182) 유사한 취지로, 판례는 “채권자가 신청한 범위 안에서는 특히 채권자의 반대의사가 표시되지 않는 한 법원은 신청된 부적법한 가처분에 갈음하여 동일 방향으로 다른 처분을 명할 수 있고, 신청보다 약한 가처분을 명할 수 있다”는 입장이다(대법원 1955. 10. 6. 선고 4288민상250 판결).

183) 대법원 2000. 3. 24. 선고 99다63188 판결.

184) 같은 취지로, 하정훈, 116쪽.

인용판결을 내릴 수 있으며, 차별구제조치의 본질적 내용이 변경되지 않는다면 일부 기술적인 부분을 변경하는 형태로 이를 받아들이는 것도 가능할 수 있다’는 입장이다.<sup>186)</sup>

마지막으로, 법원은 청구의 특정을 위해서 피고 측에게도 적절한 석명을 할 필요가 있다. 차별을 해소함에 있어서 다양한 방법이 존재할 수 있으며, 어떠한 방법으로 차별을 시정하는 것이 가장 합리적인지를 가장 잘 알 수 있는 주체는 피고이기 때문이다. 차별을 시정할 방법에 관한 피고의 의견을 존중한다는 측면에서도 피고에 대한 석명은 중요한 의미를 가진다. 실무에서도 이러한 석명은 이루어지고 있는 것으로 보이는데, 더욱 적극적으로 이루어질 필요가 있다.<sup>187)</sup> 대법원은 청구취지가 특정되지 않은 경우 법원은 직권으로 보정을 명하여야 하며, 보정의 기회를 부여하지 않고 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 않은 것으로 위법하다는 입장이므로,<sup>188)</sup> 일정한 경우에는 법원의 석명의무도 인정될 수 있을 것이다.

#### 4 이미 종료된 차별행위, 장래의 차별행위, 반복적 차별행위에 대한 차별구제청구

차별구제청구소송의 청구취지는 그 내용에 따라 ‘상태에 관한 청구’와 ‘행위에 관한 청구’로 나누어 볼 수 있다. ‘특정한 장소에 엘리베이터를 설치하라’는 것이 전자의 대표적인 예시이고, ‘원고가 놀이기구에 탑승하는 것을 거부하여서는 아니 된다’는 것이 후자의 대표적인 예시일 것이다. 이 중 상태에 관한 청구는 사실심 변론 종결 시를 기준으로 그러한 상태가 달성되었는지만 판단하면 족하므로, 이미 종료된 차별행위와 관련해서 장래의 차별에 대해 구제를 청구하는 문제가 발생하지 않는다. 반면, 행위에 관한 청구는 이미 차별행위가 종료되었을 수 있고, 이 경우 장래에 반복될 것으로 예상되는 차별행위에 대해서 어떤 방식으로 구제받을 수 있을지가 문제된다.

장래에 반복될 것으로 예상되는 차별행위에 대해서는 그 시정이나 금지를 구하는 청구가 가능하다고 보는 것이 타당하다. 이 경우, 민사소송법상 장래이행의 소에 관한 법리에 비추어 볼 때, ‘미리 청구할 필요’가 요구된다.<sup>189)</sup> 장래에 차별행위가 반복될 것이 예상된다면 ‘미리 청구할 필

185) 구본권, 172쪽.

186) 하정훈, 116쪽.

187) 연형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

188) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결

요'를 인정할 수 있을 것이다. 특히 선거나 시험과 관련해서 정당한 편의제공이 이루어지지 않는다면, 예상되는 장애의 차별행위에 대해 소를 제기할 실익이 크다.<sup>190)</sup>

실무상으로는 이미 종료된 차별행위나 장애에 반복될 것으로 예상되는 차별행위의 경우에도, 원고 측은 청구취지를 '행위에 관한 청구'보다는 '상태에 관한 청구'의 형식으로 구성하는 사례가 많은 것으로 보인다. 예컨대, '시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)'에서 원고는 탑승거부의 금지를 구하는 대신 가이드북의 수정을 구하였다. 같은 취지에서, 구본권은 보험회사가 장애인에 대해서 보험계약에 관한 청약의 유인을 거절하는 등 차별행위가 반복될 우려가 있는 경우, 약관이 나, 회사 내부의 가이드북, 업무처리규정의 수정 및 변경을 구하는 차별구제청구를 통해서 반복적 차별행위를 시정할 수 있다고 보았다.<sup>191)</sup>

## 5 일정한 기간 내에 차별시정을 명하는 주문의 가부

작위를 실시하는 데에 일정한 기간이 소요되는 경우, 법원은 간접강제를 명하는 주문에서 채무의 '상당한 이행기간'을 정할 수 있음은 민사집행법 법문상 분명하다.<sup>192)</sup> 여기서 상당한 이행기간이란 간접강제결정이 발령된 후 채무자가 작위를 실시하는 데 필요한 기간을 말하며, 그 기간은 작위의 내용 기타의 사정을 종합하여 정한다.<sup>193)</sup>

문제는 간접강제를 명하는 주문 없이 이행을 명하는 주문만 있는 경우에도 차별시정을 이행하는 데에 일정한 기간을 부여할 수 있는지 여부이다. 만약 이러한 주문이 가능하다면, 적극적 차별구제조치를 이행하는 데에 상당한 시간이 소요되는 경우에 법원은 “이 판결 선고(또는 확정)일로부터 ○○일 이내에 차별구제조치를 이행하라”는 내용의 주문으로 선고를 할 수 있을 것이다.

‘온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구사건(#24)’의 경우, 법원은 간접강제 청구를 기각하면서도 “피고는 이 판결 확정일로부터 6개월 이내에 ○○○을 제공하라”고 선고하였다. 이는 차별구제조

189) 민사소송법 제251조

190) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

191) 구본권, 168~170쪽.

192) 민사집행법 제261조

193) 편집대표 민일영, 112쪽.

치의 이행을 명하는 주문만 있는 경우에도 일정한 기간을 부여할 수 있다는 취지로 이해된다.<sup>194)</sup>

그러나 이러한 주문은 그 타당성을 인정하기 어렵다. 먼저, 이러한 주문은 간접강제에 관한 것이 아니므로 위 기간이 간접강제에서 말하는 ‘상당한 이행기간’(즉, 집행법적인 기간)이 아님은 분명하다. 또한 위 기간을 채무의 이행기간(즉, 실체법적인 기간)이라고 볼 경우, 이와 같이 차별시정의무의 이행을 뒤로 미루고 판결선고 시에는 아직 이행기가 도래하지 않았다고 볼 실체법적인 근거가 부족하다. 차별구제청구가 기본적으로 현재의 위법한 차별에 대한 유지청구의 성격을 가진다는 점을 고려해보았을 때, 특별한 사정이 없는 한 차별을 시정할 의무도 이미 이행기가 도래하였다고 보는 것이 타당하다. 건물철거청구소송에서 건물철거에 일정한 시간이 소요된다고 하여 법원이 ‘언제까지 철거하라’는 주문을 내려야 하는 것은 아니라 단순히 ‘철거하라’는 주문을 내린다는 것과 같은 이치이다. 건물을 철거할 의무는 그 이행기가 이미 도래한 것이며, 다만 집행에 있어서만 ‘상당한 이행기간’이 지난 이후에야 간접강제금이 부과될 수 있는 것이다.

같은 취지에서, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’과 ‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’의 경우, 법원은 이행을 명하는 주문에서는 기간을 정하지 않았고, 간접강제를 명한 주문에서 판결 선고일로부터 일정한 기간 내에 적극적 차별구제조치의 내용이 완료되지 않을 경우 그 후에 간접강제금이 발생한다고 하였다. 실체법상의 이행기와 집행법상의 ‘상당한 이행기간’이 명확히 구분된다는 전제하에, 실체법상의 이행기는 이미 도래하였다고 판단하면서 간접강제결정에 있어서는 상당한 이행기간을 부여한 것이다. 이러한 주문기재례가 보다 타당하다고 생각된다.

한편, 원고 측의 청구취지 중에서도 차별구제조치에 관한 청구항에서 이행에 일정한 시간을 부여하는 경우가 확인된다. 전술하였듯, 차별구제조치에 관한 청구항에서는 이행의 기간을 기재하지 않고, 간접강제에 관한 청구항에서 이행기간을 기재하는 것이 보다 타당할 것으로 보인다. 그렇지 않으면 원고 측에서 먼저 피고에게 차별시정에 일정한 시간을 부여한 것으로 오해될 수 있기 때문이다.

194) 같은 취지로, 하정훈, 117쪽.

## 제4절 | 차별구제청구소송에서의 법원의 재량과 실체적 요건의 판단기준

### 1 차별구제청구소송과 법원의 재량

#### 가. 재량권의 존부 및 그 법적 근거

장애인차별금지법은 “법원은 피해자의 청구에 따라 (중략) 차별적 행위의 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다”<sup>195)</sup>고 정하고 있다. 이 문언을 해석할 때, 차별구제청구소송에서 법원이 재량권을 가지는지, 그 근거는 무엇인지 문제된다. 이는 차별의 구제를 청구하는 원고에게 ‘사법상 이행청구권’이 있는지의 문제와도 연결된다(제1절 1. 권리의 성격 참조). 위법한 상태를 배제하고 차별을 시정하라는 차별구제조치 청구가 원고의 권리에서 비롯된 것이라면, 그 권리에서 특정한 내용의 차별구제조치를 구할 수 있는지 여부가 문제되기 때문이다.

하정훈은 “장애인차별금지법 제48조 제2항의 문언상 차별행위가 있다고 하더라도 법원이 적극 차별구제조치를 내릴 때에는 재량권을 행사할 수 있다는 것은 명확하다”며,<sup>196)</sup> 우리 민법이 당사자들의 구체적인 사법상의 권리를 인정하되, 이를 실현시키는 단계에서 재량을 인정한다고 평가하고 있다. ““평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방”이라는 사법상의 이행청구권에 기초한 청구로서, 그 이행청구권을 구체적으로 실현하는 과정에서 법원에게 재량이 부여된 것으로 해석함이 타당하다”<sup>197)</sup>는 것이다. 민법 제764조는 명예훼손의 경우 훼손된 명예를 회복하기 위해 법원이 “적당한 처분을 명할 수 있다”고 규정하고 있는데, ‘적당한 처분’이 무엇인지는 법원이 재량을 가지고 있음이 문언상 명백하다는 점을 근거로 든다. 환경상의 이익(조망권, 일조권, 소음으로부터 자유로울 권리 등)을 구현하기 위해 특정한 행위를 중지·금지하는 이행판결 및 결정을 하는 소송에서 법원이 내리는 중지·금지의 모습과 범위를 법원의 재량에 의해 구체화할 수 밖에 없는 것처럼 차별구제도 마찬가지라는 것이다.

위와 같은 해석에 따르면, 차별행위의 피해자는 위법한 권리 침해 상태의 방해 및 배제를 구할 권리가 있지만(즉 사법상의 이행청구권이 있지만), 그 내용은 법원의 재량에 따라 구체화될 수 밖

195) 장애인차별금지법 제48조 제2항.

196) 하정훈, 106쪽.

197) 하정훈, 105쪽.

에 없기 때문에, 법원이 재량으로서 ‘적당하다’고 보지 않은 구제수단에 대하여는 이행청구권이 부정될 수밖에 없다<sup>198)</sup>고 한다. 차별구제 청구 소송에서 법원의 재량권 존부와 그 범위에 관해서는 이미 판결에서 여러 차례 다루어졌다. “법원은 장애인에 대한 차별이 존재하는 경우 피해자의 청구에 따라 그 시정을 위한 적극적 조치를 명하는 판결을 할 수 있는 재량이 있다”는 것이 일관된 판결례이다.

그러나 법원이 차별구제조치를 내릴 때 당연히 재량권을 행사할 수 있다는 견해에는 동의하기 어렵다. 재량이 인정된다고 하더라도, 그 범위는 매우 제한적일 수밖에 없다. 적어도 차별행위가 인정된다면 차별구제조치는 내려져야 할 것이고, 다만 그 내용에 대해서만 재량을 가진다고 해석해야 한다.

#### 나. 재량의 구체적인 의미

차별구제청구소송에서 법원에 재량이 인정된다면, 재량의 구체적인 의미, 재량의 범위와 내용이 문제된다. 즉 차별이 인정될 경우 차별구제조치가 당연히 명해지는 것을 전제로 차별구제조치의 범위와 내용에 대해서 재량을 가진다는 것인지, 혹은 차별이 인정된다고 하더라도 차별구제조치 명령을 할지 여부에 대해서도 재량이 있다는 것인지 해석이 나뉜다.

차별구제조치에 대한 법원의 재량권의 존부와 그 의미에 대하여 구체적으로 판단한 최초의 판결은 ‘정신장애인 보험가입 거부 사건(#13)’ 제1심이다. 법원은 “제48조 제2항은 차별적 행위에 대하여 법원으로 하여금 피해자의 청구가 있으면 법원의 판단하에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 정하였고, 달리 적극적 조치의 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 아니하는바, 이러한 문언의 해석상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 차별구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 타당하다”며 법원이 매우 광범위한 재량권을 가지는 것으로 해석하였다. 이후 ‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’, ‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’, ‘광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구 사건(#6) 제2심’, ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’, ‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’ 제2심 등 다수의 판결에서 같은 판단이 반복되고 있다.

198) 하정훈, 105쪽.

위와 같은 법원의 해석에 따르면, 차별행위가 존재한다고 하더라도, 반드시 차별구제조치 명령이 있어야 하는 것은 아니고, 법원이 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 차별구제조치의 명령 여부와 그 내용 및 범위를 결정할 수 있게 된다. 재량권을 행사함에 있어서는 차별구제조치의 필요성, 차별구제조치 수단의 적절성, 대안의 존재 등을 고려한다. 즉, “① 시정을 명령할 필요성이 있는지 여부, ② 특정 사항의 이행 명령이 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, ③ 특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지(비례원칙)에 따라 재량권을 행사한 뒤 적극적 조치 명령 판결을 할 것인지 여부를 정하면 된다”고 하며, 나아가 ④ 이행가능성과 특정가능성을 모두 갖추어 유효한 강제집행이 가능한 것인지 여부도 고려하여야 한다고 판단하였다[‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’, ‘피한정 후견인 금융거래 제한 사건(#14)’]. 위 두 사건은 법원에서 재량권 행사 기준을 구체적으로 적시한 드문 판결이다.

한편, 위와 같이 법원이 광범위한 재량권을 가지고 있다는 입장에 따라 ‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’에서 법원은 차별의 존재를 인정하면서도 차별구제조치는 인용하지 않았다.

‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’에서 법원은 차별의 존재와 차별구제조치의 필요성을 인정하였는데, 다만 재량에 따라 원고가 청구한 차별구제조치와 다른 내용의 차별구제조치를 인정하였다. 본래 원고는 ‘우주 전투기’라는 놀이기구 안전 가이드북 중 “정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의주시기 바랍니다”라는 내용의 삭제를 구하였는데, 법원은 위 조항 자체를 삭제하는 것보다는 ‘정신적 장애가 있으신 분’을 ‘신체적 또는 정신적으로 불안정하여 탑승 시 자신의 안전을 저해할 우려가 있는 분’으로 수정하는 것이 적절하다고 판단하였다. 지적장애인의 안전을 위하여 필요한 문구이고, 안전사고가 발생하였을 때 피고가 손해배상책임을 경감할 수 있는 최소한의 조치라는 것이다.

차별구제청구 사건을 대리하였던 변호사들은 법원이 위와 같이 광범위한 재량을 가지는 것으로 해석하는 것에 대해 적극적으로 비판하였다. 염형국은 차별이 인정되는데도, 법원이 재량이 있다는 이유로 차별구제조치를 인용하지 않는 것은 부적절하다고 지적했다. 법원은 차별구제조치를 인용할지 여부에 대해서 재량을 가진 것이 아니라, 차별구제조치의 구체적인 내용에 대해서만 재량을 가진다는 것이다.<sup>199)</sup> 윤정노 역시 장애인차별금지법의 취지상 차별적인 상황이 존재함에도

199) 염형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

불구하고, 차별구제조치 판결을 내릴지 여부에 관한 재량이 있는 것이 아니라, 차별구제조치의 내용에 관한 재량이 있는 것이라고 해석하였다.<sup>200)</sup>

재량을 행사함에 있어서 법원이 제시하는 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 부당함은 아래에서 살핀다(제4절 2. 차별구제청구의 요건: 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건을 중심으로).

## 2 차별구제청구의 실체적 요건: 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건의 구체적인 내용

법원이 재량권을 행사할 때의 판단기준으로 들고 있는 것은 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성이다. 다만, 차별구제청구를 인용할 때에는 법원이 적정성·필요성·비례성을 구체적으로 판단하지 않는 경향이 있다. 이를테면 ‘시·청각장애인 영화관람권 보장 청구 사건(#21)’에서는 “이 사건에 있어서 원고들이 청구하고 있는 조치는 장애인인 원고들이 장애인 아닌 사람과 동등한 수준으로 영화를 관람하고 영화 관련 정보에 접근·이용하기 위하여 필수적이고 적절한 조치로 보인다.”며 원고의 청구를 인용하였는데, 왜 필수적이고 적절한 조치인지는 구체적인 판단 내용이 없어 더 살펴볼 수 없었다. ‘대학 교직원 보직 배제 1차 사건(#2)’에서도 “원고가 현재 4급 자격을 유지하고 있어 새로이 자격을 부여하거나 높여달라는 요구가 아니고, 후임자가 발생할 경우 심사 대상에 포함하는 것이어서 선의의 피해자가 발생할 가능성도 없으므로, 적절한 조치로 보여 이를 받아들인다”고 판단하였는데, 적정성 내지 비례성을 고려한 것으로 보인다. 특히 ‘차별구제조치로 인한 피해자 발생의 가능성이 있는지’ 여부를 고려한 것은 일응의 기준을 제시한 것으로 보이나, 다른 사례에서도 적용할 만한 타당한 판단기준인지는 의문이다.

원고의 차별구제청구를 (일부나마) 인용하면서도, 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성을 구체적으로 판단한 사례는 ‘광역버스 휠체어 전용공간 확보 청구 사건(#6)’이 유일했다. 해당 사건 제2심 재판부는 ‘광역버스 내에 휠체어 전용공간을 확보하도록 하는’ 내용의 차별구제조치를 원고가 청구한 그대로 인용하면서, 다음과 같은 요소를 고려하였다.

200) 윤정노와의 인터뷰(제2장 제3절).

- ① 의무의 존재: 교통사업자인 피고는 관련 법령에 따라 휠체어 사용자를 위한 전용공간을 확보할 의무가 있다.
- ② 적정성: 휠체어 전용공간의 확보는 피고가 원고 등 장애인에게 제공하여야 하는 정당한 편의이다.
- ③ 필요성: 휠체어 전용공간의 확보는 장애인이 비장애인과 동등하게 버스를 이용하는 데에 필요한 가장 기본적인 조치이다.
- ④ 계속성: 피고가 휠체어 전용공간 확보를 시정하지 않는 한 장애인 차별행위가 계속될 가능성이 있다.
- ⑤ 비례성: 버스 구조의 일부 변경이 피고에게 막대한 비용을 요한다거나 심각한 타격을 입힌다고 보기 어렵고, 상당한 비용이 소요된다 하더라도 피고의 위법행위를 용인할 만큼 중대한 사유라고 보기 어렵다. 한편, 피고는 최장 55일의 기간이 소요되어 수도권 광역 통행이 심각하게 저해된다고 주장하나, 그보다 더 짧은 시간에 절차를 마칠 수도 있고 시기를 적절히 조절하여 불편을 최소화할 수 있으며, 인권의 보장이라는 공익의 달성이 포기할 수 있는 성격으로 볼 수 없다.

법원은 차별구제청구를 인용할 때와는 달리, 차별구제청구를 기각할 때에는 그 적정성·필요성·비례성을 매우 구체적으로 판단하고 있다.

‘대학 교직원 보직 배제 2차 사건(#3)’에서 법원은 ‘곧바로 4급 이상의 자격을 요하는 직책을 부여하도록 하는 것’은 ① 피고의 보직 심사권한을 부당하게 박탈하는 조치인 점, ② 절차적 평등을 보장하거나 균등한 기회를 제공하는 수준을 넘어 장애인차별금지법이 예정한 적극적 조치의 하나라고 보기 어려운 점, ③ 손해배상청구나 직무대행자 선임 절차 하자에 관한 쟁송 등을 통해 구제 또는 손해의 전보를 받을 수 있는 점 등을 고려할 때, 적절한 조치로 볼 수 없다며 원고의 청구를 받아들이지 않았다. 피고의 권한을 박탈한다는 점이나 다른 구제 방안이 있다는 점 등을 주요하게 고려한 것으로 보인다.

‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’ 제1심 법원은 “피해자의 적극적 조치 명령 청구가 있는 경우, (중략) 차별행위가 존재하는 경우 이에 관한 시정을 명령할 필요성이 있는지 여부, 특정 사항의 이행 명령이 차별행위의 중단·시정에 유효·적절한 수단이 되는지 여부, 특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지 등(비례원칙)에 따라 재량권을 행사한 뒤 적극적 조치 명령 판결을 할 것인지 여부를 정하면 된다.”고 판시하였다.

역시 필요성, 적정성, 비례성 요건을 고려하였고, 대안의 존재가 있다는 점도 주요한 고려사항이었다. 법원은 이에 따라 승강기 설치가 필요하지 않다고 보았다.

‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’의 제2심 법원은 보다 구체적으로 요건을 판단하였으나, 역시 원고의 청구를 기각하였다. “법원의 적극적인 구제조치가 적절하고 필요한 방안인지에 관하여 보건대, (중략) ① 원고들이 구하고 있는 엘리베이터 및 통로 등이 설치되어 있지 않은 것이 곧 바로 차별행위라고는 볼 수 없는 점, ② 교통 사업자인 피고에게는 이동 편의시설을 설치함에 있어 이 사건 각 역사의 구체적 상황 등에 맞게 어떤 장소에 통로, 경사로, 승강기, 에스컬레이터, 계단 중 어떤 시설을 설치할 것인지 등에 관하여 폭넓은 재량이 있다고 보이는 점, ③ 원고들 스스로도 이 법원에 이르러 피고가 이 사건 각 지점에 관하여 엘리베이터 등의 설치장소 및 방법 등을 검토해 가는 과정에 맞추어 그 청구취지를 변경하고 있는 점, ④ 피고가 원고들에게 이 사건 각 지점과 관련한 정당한 편의를 제공하기 위하여는 예산의 확보·사유지 매입 및 국유지의 점용허가 등이 필요한 것으로 보이는데, 이러한 문제들은 관련 교통행정기관 등의 협력이 필요하여 피고의 의지만으로 쉽게 해결할 수 있다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 현재 이 사건 각 역사와 같이 환승구간 등에 승강기가 설치되지 않은 역사가 24개에 달하고, 피고 및 서울특별시가 이러한 역사들을 포함하여 지하철 전체 역사에 대한 이동 편의시설확충을 위한 종합적인 검토와 추진계획 등을 수립하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어보면, 이 사건에서 법원이 교통사업자인 피고에게 적극적인 구제조치를 명하는 것은 위와 같은 차별행위의 시정을 위한 적합한 방법에 해당한다고 보기 어렵다.”고 판시하였다. 위 사건에서 법원은 유독 외부적 사정을 많이 고려하였다. 원고가 청구취지를 변경한 점, 피고의 의지만으로 승강기를 설치할 수 없는 점, 다른 역사에도 승강기가 설치되어 있지 않은 점, 피고가 편의시설 확충을 위한 계획을 수립하고 있는 점 등이 그것이다. 이런 사정은 원고의 차별구제청구가 적정한지, 필요한지 여부를 판단하는 기준으로 삼기에는 논리적 필연성이 다소 부족해 보인다.

‘교통약자 시외버스 탑승 보장 청구 사건(#7)’에서 법원은 ‘휠체어 승강 설비의 설치’에 관한 (교통행정기관인) 피고들의 부작위는 차별행위에 해당한다고 판단하였고, 이에 따라 차별구제조치의 필요성도 검토하였다. 구체적으로는 ① 교통약자법 시행령 및 시행규칙의 취지상 현실적인 수요와 재정적 여건 등을 예측하여 휠체어 승강 설비의 설치 시기 및 범위에 대한 결정을 하여야 하는데, 이는 교통행정기관의 정책판단의 문제에 해당한다는 점, ② 외국의 예와 달리 우리나라 교통약자법 시행령과 시행규칙에는 이동 편의시설의 도입 기한과 범위를 구체적으로 정하지 않은 점,

③ 법원이 시기와 기한을 정하지 아니한 채 포괄적이고 막연하게 ‘시책을 추진하고 재정지원을 하라’는 방식의 조치를 하는 것은 그 이행을 보장받기 어렵고, 원고들이 실질적이고 즉각적으로 정당한 편의를 제공받기 어려워서, 차별적 행위를 시정하기 위한 적극적 조치로서 실효적이라고 보이지 않는 점 등을 고려하여 법원이 교통행정기관에게 휠체어 승강 설비의 도입을 위한 시책의 추진, 재정지원 등을 적극적 조치로서 명하는 것은 법원이 명할 수 있는 구제조치의 영역을 넘어서고, 차별의 시정을 위한 적합한 방법에 해당하지 않는다고 판단하였다.

한편, ‘정신장애인 보험가입 거부 사건(#13)’ 제1심에서 법원은 “구제조치의 명령 여부를 판단함에 있어서는 피고와 같은 사 보험회사에 보장된 계약체결의 자유 내지는 사적 자치의 원칙도 고려되어야”한다며 원고의 청구를 기각하였다.

위와 같은 법원의 일련의 판결에는 다소 의문이 있다. 차별구제조치 판결의 요건으로 ‘필요성’ 내지 ‘적정성’에 더하여 ‘비례원칙의 준수(특정 사항의 이행이 불가능하거나 피고에게 지나친 부담을 지워 다른 대안을 선택할 여지는 없는지)’와 ‘집행가능성(차별구제조치가 특정되어서 유효한 강제집행이 가능한지)’를 요구한다. 나아가 피고의 임의이행가능성을 차별구제조치 판결을 내리지 않는 논거로 들기도 한다.

그러나 비례원칙의 준수 여부는 차별구제조치 발급의 고려 요소가 될 수 없다. ① 장애인차별금지법 제48조는 ‘비례원칙의 준수 여부’를 판결의 요건으로 정하는 규정을 두고 있지 않다. 제48조 제1항이 ‘적절한’ 임시조치를 규정하고 있으므로 차별구제조치의 적정성이나 필요성이 요건이 된다고 볼 여지는 있으나, 이때 차별행위자의 손해까지 형량하여야 한다고 볼 수는 없다. 장애인차별금지법 제48조와 규정이 유사한 민법 제764조는 ‘법원은 (명예훼손에) 적당한 처분을 명할 수 있다’라고 규정하고 있는데, 이에 따른 청구는 그 요건으로 위법한 명예훼손행위가 있을 것과 명예회복처분의 타당성이 있을 것만을 요구하고 있다. ② 비례원칙의 준수 여부를 차별구제조치 발급의 요건이라고 보게 된다면 차별구제조치 발급에 있어서 ‘차별의 정당한 사유’를 두 차례에 걸쳐 판단하게 된다. 차별행위의 존부를 판단할 때 차별행위의 시정에 지나치게 많은 비용이 드는 등 사회통념상 차별행위의 시정이 불가능하다는 사정, 즉 ‘차별의 정당한 사유’를 고려한 후, 차별구제조치의 발급 여부를 판단할 때 다시금 차별의 시정에 드는 비용 등 차별구제조치로 인한 차별행위자의 손해를 고려하게 되는 것이다. 이는 입증책임의 배분에 관한 장애인차별금지법 제47조에 배치되는 것이다. ‘차별의 정당한 사유’를 차별행위자가 입증하도록 규정하고 있는데, ‘차별구제조치의 타당성 또는 필요성’에 ‘비례원칙의 준수 여부’도 포함된다고 본다면, 차별구제조치 청구

자가 차별행위의 시정이 차별행위자에게 특별한 손해를 끼치지 않는다는 점, 즉 차별의 정당한 사유가 없다는 점을 증명하여야 하는 모순이 발생한다. ③ 차별구제조치에 따른 차별행위의 시정에 지나치게 많은 비용이 든다는 등의 사정은 ‘권리남용’의 법리에 따라 판단하는 것이 타당하다. ‘방해배제청구권’의 경우에도 권리남용의 법리가 적용된다. 마찬가지로, 차별행위의 경우에도 차별구제조치 청구가 권리남용에 이르지 않는 이상 인정되어야 한다.

또한 청구의 집행가능성도 차별구제조치의 발급 요건이 될 수 없다. 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항에 해당하므로 청구취지가 특정되지 않은 경우, 법원은 직권으로 보정을 명하고 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.<sup>201)</sup> 따라서 청구의 특정여부나 집행가능성은 각하 사유가 될 수 있을 뿐, 차별구제청구를 기각할 사유가 될 수는 없다. 오히려 청구가 특정되지 않았다면, 법원은 이에 대하여 석명을 하여야 한다.<sup>202)</sup> 집행이 가능한 정도로 원고의 청구가 특정하지 않았다는 이유로는 차별구제청구를 기각할 수 없는 것이다(청구의 특정의 정도에 관하여는 제3절 1. 청구의 특정 참조).

이처럼 법원이 차별구제조치의 적정성·필요성·비례성 요건을 하나하나 엄격하게 판단함에 따라, 차별구제청구의 인용이 쉽지 않은 것으로 보인다. 구제청구에 대한 법원의 재량이 광범위하고, 또 그 재량권을 행사하는 과정에서 차별구제조치의 인용 여부에 대한 판단기준은 지나치게 엄격한 것이다.

### 3 차별구제청구소송의 판단기준

#### 가. 소송계속 중 차별행위가 중지된 경우

소송 진행 중에 피고가 차별적 행위를 중지하는 등 원고가 청구하는 조치를 취하는 경우 법원은 어떻게 판단해야 할 것인가? 소 제기 이후 피고가 원고의 청구를 이행한 경우에는 원고는 더 이상 차별행위가 인정되지 않으므로 원고의 청구는 기각되는 것이 원칙이다.<sup>203)</sup> 다른 민사소송과 마찬가지로, 차별구제청구소송에서도 각 요건의 충족여부는 사실심 변론종결시를 기준으로 판단하여

201) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결.

202) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결.

203) 구본권, 171쪽.

야 하기 때문이다.

다만 피고가 자신에게 불리한 적극적 조치 판결을 받지 않기 위하여 소송을 제기한 원고에 대하여만 차별행위를 시정하는 등 청구를 이행하고, 소를 제기하지 아니하는 자들에 대해서는 차별행위를 계속하고 있는 경우 어떻게 판단해야 할 것인지가 문제된다.<sup>204)</sup> 경우에 따라서는, 이미 종료된 차별행위로서 장래에 반복될 가능성이 있는 차별행위에 해당하여 차별구제판결이 필요한 경우도 있을 것으로 보인다. 다만 이 경우 청구취지와 주문은 장래에 반복될 가능성이 있는 차별행위의 시정을 위한 것으로 적절히 구성되어야 할 것이다.

정신장애인 보험 거부 사건(#13) 제1심에서는 피고가 “원고가 원할 경우 이 사건 보험 상품과 유사한 저축성 보험에 관하여 (중략) 가입 가능 여부를 재검토해 보겠다는 의사를 표시한 바 있고, (중략) 원고의 성별, 나이, 건강상태를 정확히 확인한 뒤 원고에게 적합한 보험 상품을 제시함으로써 보험계약에 응할 의사가 있음을 밝힌 점”, “피고의 위 제안에 응할 경우 원고는 이 사건 소로써 구하는 구제조치의 목적을 달성할 수 있을 것으로 보이는 점” 등을 고려하여 피고의 보험인수 거절이 위법하지만, 손해배상 외에 차별행위의 중지 및 시정을 위한 적극적 조치는 필요하지 않다고 보았다. 즉, 피고가 보험을 인수하겠다는 의사를 밝힘으로써 차별 상태가 해소되었으므로, 더 이상의 구제조치는 필요하지 않다는 판단을 한 것이다. 한편, 이 사건 제2심에서는 해당 보험상품이 더 이상 판매되지 않아 권리보호이익이 없다는 이유로 각하되었는데, 이에 대해서는 아래 다항에서 다시 살펴본다.

이와 달리 미국 법원에서는 피고의 차별행위 중지에도 불구하고 원고의 청구를 인용한 예가 있다. 미국 ‘타겟 온라인쇼핑몰 웹 접근성 보장 청구 사건’에서는 소송이 진행되던 중 피고가 웹 사이트를 개선하였는데, 이로 인해 시각장애인 고객의 접근성이 향상되었으므로 원고의 청구가 이유 없다고 주장하였다. 그러나 미국 법원은 ‘불법행위로 의심되는 행위의 자발적인 중단으로 원고의 청구가 이유 없어지는 것이 아니라는’ 법리<sup>205)</sup>를 인용하면서 피고 측의 사후 개선을 이유로 원고의 청구가 이유 없다고 할 수 없다고 판단하였다. 이에 따라 미국 법원은 사후 개선을 이유로 해당 소송을 종결하여 달라는 피고의 주장을 기각하였다.

204) 구본권, 171쪽.

205) “voluntary cessation of allegedly illegal conduct ... does not make the case moot.” *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312, 318, 94 S.Ct. 1704, 40 L.Ed.2d 164 (1974)

한편, 소송 계속 중 차별이 시정됨에 따라 화해나 조정이 성립하는 사례가 있다. ‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’, ‘시각장애인 대출거래 거절 사건(#17)’과 ‘뇌병변장애인 여행 상품 판매 거부 사건(#20)’이 대표적이다.

‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’ 제1심에서는 원고의 차별구제청구가 인용되었다. 이에 제1심 판결 선고 이후 피고는 피한정후견인의 예금거래에 관한 업무를 개선하여 원고가 원하던대로 100만 원 미만 거래의 경우에는 비대면 거래를 할 수 있게 되었고, 100만 원 이상의 거래는 후견인 동의서를 지참하고 창구에서 단독 거래를 할 수 있게 되었다. 따라서 원고는 이 부분에 대해서는 청구를 취하하였다. 또한 원고는 피고에게 장애인 응대 매뉴얼을 마련할 것을 청구하였는데, 법원은 이 청구를 받아들이지 않았다. 피고가 예금거래에 관한 업무를 개선함으로써 차별행위가 이미 시정되었으므로, 피고 산하 우체국뿐 아니라 원고들과 거래 관계에 있지도 않은 다른 모든 금융기관들에 일반적으로 적용되는 장애인 응대 매뉴얼을 마련하라는 차별구제조치를 명할 필요는 없다고 보았기 때문이다.

‘시각장애인 대출거래 거절 사건(#17)’에서 피고는 소송 과정에서 원고가 구하는 장애인 고객에 대한 매뉴얼을 작성하여 내부 인트라넷에 게시하였다. 이에 원고는 구제청구 부분을 취하하였고, 손해배상 부분에 대해서만 화해를 하는 것으로 사건이 종결되었다.

‘뇌병변장애인 여행 상품 판매 거부 사건(#20)’에서는 원고가 ‘장애인 고객 응대 매뉴얼’을 제작·배포하고 장애인 인식 개선 교육을 시행할 것을 청구하였는데, 피고가 조정 과정에서 매뉴얼을 제작하였다. 이후 원고가 이 내용을 확인하고, 매뉴얼 배포와 장애인 인식 개선 교육을 시행하는 것을 내용으로 하여 조정이 강제조정이 성립하였다.

#### 나. 소송계속 중 피고가 차별시정을 약속하거나, 차별시정 계획을 수립한 경우

소송 진행 중에 피고가 차별시정을 약속하거나 차별시정에 관한 계획을 수립한 경우, 법원이 어떠한 판단을 내려야 하는지 문제된다. 특히 이러한 사정만으로 (i) 권리보호이익이 소멸하였다고 볼 수 있는지, (ii) ‘차별구제조치의 적정성·필요성·비례성’을 부정할 수 있는지 문제된다.

‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’ 제1심에서 피고는 본안 전 항변으로, “이미 이 사건 각 역사에 원고들이 구하는 바와 같은 승강기 설치 계획을 수립하여 그 시행을 위한 구체적인 절차를

진행하고 있으므로 원고들의 청구는 이미 목적을 달성하여 권리보호이익이 없다고 주장”하였다. 이에 대해 법원은 “피고가 원고들이 구하는 바와 같은 승강기 설치 계획을 수립하고 그 계획 수행을 위한 절차를 진행하고 있다고 하더라도, 승강기 설치가 완료되지 아니한 이상 그 승강기 설치 여부는 여전히 피고의 계획 단계에 머물러 있을 뿐, 원고들의 청구가 이미 목적을 달성하였다거나, 권리보호이익이 소멸하였다고 할 수 없다. 피고의 본안 전 항변은 이유없다”며 피고의 주장을 배척하였다. 아직 피고가 계획을 수립한 단계에 불과하므로, 여전히 적극적 차별구제조치를 구할 이익이 있다는 판단을 한 것이다. 하정훈은 “이행의 소에서 원고가 구하는 청구가 이미 이행되었다는 것은 변제 항변과 같이 본안에서 판단될 쟁점이므로, 그로써 권리보호이익이 사라지지는 않는다”며 “이 같은 판단은 마치 원고가 구하는 적극적 차별구제조치가 이미 실현된 경우 권리보호이익이 없는 것을 전제로 하고 있는데, 이 같은 판단구조가 ‘이행의 소’에 적절한지 의문”이라며 비판하였다.<sup>206)</sup> 대여금 소송에서 피고가 금원을 변제하겠다는 것만으로 소의 이익이 부정되지 않는 것과 마찬가지로, 이행 계획에 불과하다면 단지 이행의 가능성이 있다는 것만으로 소의 이익이 부정될 수는 없다 할 것이다.<sup>207)</sup>

나아가 ‘신길역 등 승강기 설치 청구 사건(#5)’ 제1심 법원은 적극적 조치 명령 판결의 필요성을 판단하면서 ‘피고는 승강기의 설치절차를 진행하고 있는바, 차별시정의 임의이행을 기대할 수 있다는 점’을 고려하여 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 원고 청구의 인용여부는 사실심 변론종결시를 기준으로 그 요건을 갖추었는지를 판단하여야 하며, 변론종결 이후 위법행위가 중단될 것이라는 사정은 그 인용여부에 영향을 미칠 수 없다. 대법원도 부정경쟁방지법 제4조에 따른 금지청구에 있어서 “금지청구를 인정할 것인지의 판단은 사실심 변론종결 당시는 기준으로 하여야 한다”고 실시하였다.<sup>208)</sup> 채무자가 채무를 임의로 이행하겠다는 의사를 밝혔다고 해서 이행청구를 기각하는 것은 타당하지 않은 것처럼 당연한 결론이다. 차별행위자가 차별에 대한 시정조치를 임의로 이행할 의사가 있다는 점은 차별구제조치 판결에 대한 집행 단계에서 판단되어야 할 문제이다.

206) 하정훈, 96쪽

207) 김재왕도 같은 의견이다.

208) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결.

#### 다. 소송계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생한 경우

그 외 소송 계속 중 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생하는 경우가 있다. ‘정신장애인 보험가입 거부 사건(#13)’에서 원고가 가입하려고 했던 보험상품의 판매가 중단된 경우, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’에서 피고가 가이드북을 전면 수정한 경우 등이 여기에 해당한다.

‘정신장애인 보험가입 거부 사건(#13)’ 항소심 계속 중에 원고가 가입하려고 했던 보험 상품의 판매가 중단되었다. 재판부에서는 직권으로 적극적 차별구제조치 청구의 적법 여부에 관하여 살펴보았는데, 원고의 적극적 차별구제조치 청구는 이미 소멸한 상품의 청약의 유인행위를 구하는 것으로서 권리보호이익이 소멸하였으므로 적극적 차별구제조치 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다. 이에 대해 하정훈은 “이행의 소의 경우 이행청구권의 이행기가 도래하였다고 주장하는 것 자체로 권리보호의 이익이 인정된다. 따라서 원고가 구하는 이행판결이 이행 또는 집행불능인 경우에도 소의 이익은 일반적으로 인정된다”<sup>209)</sup>며 법원의 판단이 다소 의아하다는 입장이다.<sup>210)</sup>

한편, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’에서는 원고가 소송을 제기한 뒤, 피고 측이 가이드라인을 수정하면서 청구취지에서 특정한 가이드라인의 내용이 달라지게 되었다. 이에 대해 사건의 대리를 맡고 있는 김재왕은 청구취지의 변경이 필요할 것 같다는 견해를 밝혔다. 이는 앞서 제3절에서 살펴본 바와 같이 청구취지를 지나치게 구체적으로 특정할 것을 요구함에 따라 생기는 문제점으로 보인다. ‘특정한 가이드라인의 내용을 어떠한 내용으로 수정하라’는 정도로 구체적으로 특정하는 대신, ‘특정 놀이기구의 운영과 관련해서 피고 측이 운용하고 있는 가이드라인에 어떠한 내용을 담아라’는 정도로만 청구취지를 특정한다면, 이러한 문제를 피할 수 있을 것이다.

209) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015다255265 판결.

210) 하정훈, 96쪽

## 제5절 | 차별구제조치에 관한 조정 및 화해

### 1 조정 및 화해에 관한 제문제

실무상 많은 차별구제청구소송이 조정이나 화해로 종결되고 있다.<sup>211)</sup> 법원은 판결까지 가지 않고 조정이나 화해로 차별구제청구소송을 종결시키는 데에 적극적인 편이다. 일부 차별구제청구소송에서는 원고와 피고가 조정에 부정적임에도 법원이 조정을 강하게 시도하면서 재판이 지연된 경우도 있었다. 이에 대해서는 법원이 판결을 내리는 것을 부담스러워해서 조정에 회부하는 것으로 보이는데, 이것은 일종의 사법소극주의라는 비판이 있다.<sup>212)</sup>

한편, 조정절차에서 원고와 피고가 의견을 개진함에 따라 청구취지의 특정이나 대안에 관한 논의가 이루어지는 측면도 있다. 그리고 판결의 기속력으로 피고가 차별을 시정하는 것도 필요하지만, 조정과정에서 원고와 피고가 대화를 통해 개선 방향을 함께 찾아가고 적절한 합의점을 찾아가는 것이 사회적으로는 바람직할 수 있다. 판결의 경우 피고가 이행하지 않을 경우 강제집행까지 나아가야 하지만, 조정으로 차별구제조치의 내용이 정리되면 피고가 임의로 이행할 가능성이 더 높다는 점에서도 원고의 신속한 권리구제 측면에서도 장점이 있다.

다만, 조정의 경우 판결례가 남지 않아 차별을 일반적으로 해결하는 데에는 한계가 있다.<sup>213)</sup> 조정결정문은 판례 검색 시스템에서 검색이 되지 않는다는 점도 문제된다. 원만하게 조정이 성립되고 이에 따라 차별이 시정된 사건은 향후 다른 차별구제청구소송에서 선례로 참고가 될 수 있다는 점에서 검색 시스템을 통해 조정결정문을 확인할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 생각한다.

그리고 조정결정문에는 결정사항만 기재하거나, 소장의 청구취지와 청구원인을 그대로 붙여놓는 경우들이 있다. 이 경우, 조정결정문만 보아서는 합의에 이르게 된 과정을 알기 어렵다. 차별구제청구소송은 피고가 의무를 불이행하는 경우 집행법원에서 본안소송에 준하는 검토와 판단이 필요할 수 있다는 점을 고려한다면, 조정과정에서 협의된 내용과 결론에 이르게 된 과정을 ‘조정에 갈음하는 결정’의 이유 부분에 자세하게 기재하는 것이 향후 집행에 관한 분쟁에서도 도움이

211) 하지만 피고가 국가인 경우에는 소송지휘를 받아야 하는 문제 때문에 조정성립이 사실상 어렵다.

212) 염형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

213) 같은 취치로, 염형국과의 인터뷰(제2장 제3절).

될 수 있다. 그리고 결정문에 위와 같이 자세하게 이유를 기재한다면 다른 유사한 차별사건에서 참고하여 논의과정을 효율적으로 진행할 수 있을 것이다.

한편, 피고가 국가나 지방자치단체인 경우에는 조정이나 화해로 분쟁이 종결되는 경우가 상대적으로 적은 것으로 보인다. 피고가 국가나 지방자치단체인 경우에는 ‘청각장애인을 위한 선거광고 개선 청구 사건(#28)’에서만 조정<sup>214)</sup>이 이루어졌다. 국가소송의 경우 검찰의 소송지휘를 받아야 하는 문제 때문에 조정이나 화해의 성립사례가 적은 것으로 추정된다. 국가나 지방자치단체는 장애인에 대한 모든 차별을 방지하고 장애인의 권리를 구제할 책임이 있으며, 차별시정을 위한 적극적 조치를 취하여야 한다는 점을 감안할 때,<sup>215)</sup> 국가나 지방자치단체가 재판과정에서 쌍방이 동의할 수 있는 차별시정 방안을 찾으려는 노력을 다하지 않은 채 만연히 법원의 판단을 구하는 것은 큰 문제라고 생각된다.

## 제6절 | 차별구제조치판결의 효력과 집행

### 1 판결의 효력 범위: 판결의 주관적, 시적 효력범위

차별구제판결의 효력과 관련해서, 그 주관적 범위가 문제된다. 이는 판결의 효력이 소송의 당사자가 아닌 제3자에게도 직접 혹은 간접적으로 미치는가에 관한 문제이다. 일반적인 민사소송과 달리 차별시정(예컨대, 차별적인 업무관행의 시정, 장애인에 대한 정당현 편의 제공 시설의 설치)으로 인한 효과가 여러 장애인에게 미칠 수 있는 차별구제청구소송의 특수성이 인정될 수 있는지 쟁점이 된다.

차별구제판결은 통상적인 민사소송과 마찬가지로 당사자 사이에서만 그 효력이 미친다고 보는 것이 타당하다.<sup>216)</sup> 같은 취지에서 하정훈은 차별구제청구소송이 평등권의 회복을 위한 민사상 이행소송이지 규범통제소송이 아니라는 점에서 그 이유를 찾았다.<sup>217)</sup> 구분권도 다른 장애인들에게

214) 이 사건은 행정소송이었기 때문에 엄밀한 의미에서는 조정이 성립한 것은 아니었고, 법원의 조정권고와 쌍방 당사자의 수용에 의해서 이루어지는 ‘행정소송에서의 조정’이 이루어졌다.

215) 장애인차별금지법 제8조.

216) 민사소송법 제218조 제1항.

217) 하정훈, 118쪽.

효과는 사실상의 효과에 불과한 것이라며, 이는 「약관의 규제에 관한 법률」 위반을 이유로 일부 조항이 무효임을 확인하는 판결이 확정되었을 경우 그 약관의 적용을 받는 다른 고객에게 사실상의 효과가 미치는 경우와 유사하다고 보았다.<sup>218)</sup>

다만, 구본권은 판결의 위반 여부를 판단할 때에는 특수성이 인정될 수 있다는 입장이다. 예컨대, 장애인의 놀이기구 탑승을 거부하는 차별행위에 대해서 관련 가이드북을 개정하도록 하는 차별구제판결이 내려졌는데, 피고 측에서 원고가 갈 때만 수정된 가이드북을 제공하고 다른 사람들에게는 기존 가이드북을 제공한다면, 이는 판결 위반으로 보아야 한다는 것이다.<sup>219)</sup>

한편, 판결 효력의 시적 범위와 관련하여서는 사실심 변론종결 이후에 차별시정수단에 관한 사정변경이 발생한 경우의 문제가 쟁점이 된다. 예컨대, 장애인의 놀이기구 탑승을 거부하는 차별행위에 대해서 관련 가이드북을 개정하도록 하는 차별구제판결이 내려졌는데, 판결 확정 이후에 피고가 완전히 새로운 가이드북을 만들면서 해당 가이드북에 기존 판결에서 쟁점이 되었던 차별적 업무관행에 관한 내용을 담는 경우를 생각해볼 수 있다. 정당한 편의제공을 위한 시설을 설치하도록 하는 판결이 확정되었으나, 그 이후에 시설을 설치할 지점의 주변 환경이 완전히 달라진 경우도 마찬가지이다. 판결의 시적 효력 범위는 사실심 변론종결시를 기준으로 결정되어야 하므로, 위와 같은 사정은 그 범위를 벗어나는 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>220)</sup> 청구이의의 소에서 사실심 변론종결 후의 사유를 다투어야 할 문제로 보인다.<sup>221)</sup> 다만 피고가 고의 또는 과실로 기존 판결의 취지에 반하는 사정변경을 야기하였다면(예컨대, 완전히 새로운 가이드북을 제적하는 행위), 이는 별도의 불법행위에 해당할 것이다.<sup>222)</sup>

## 2 판결 등의 집행: 간접강제를 통한 차별구제판결의 집행

차별구제조치와 관련해서 확정된 판결이나 성립된 조정, 화해(이하 ‘차별구제판결 등’)는 간접강제의 방법으로 집행된다. 이는 (i) 차별구제판결 등에 따른 의무가 부작위의무이거나, 비대체적

218) 구본권, 164~165쪽.

219) 구본권, 165쪽.

220) 같은 취지로 구본권, 165~166쪽.

221) 민사집행법 제44조 제2항.

222) 관련해서, 법원의 차별구제판결에도 불구하고 피고가 이를 이행하지 않은 경우 그 의무위반을 이유로 손해배상 청구를 인용한 경우로, ‘대학 교직원 보직 배제 2차 사건(#3)’ 참조.

작위의무라는 점, (ii) 장애인차별금지법 제48조 제3항이 간접강제의 주문에 대해서 규정하면서 간접강제에 관한 민사집행법 제261조를 준용하고 있다는 점을 근거로 한다.

다만, 그러한 사례가 많지는 않을 것이지만 차별구제판결 등에 따른 의무가 대체적 작위의무인 경우도 상정해볼 수 있을 것인데, 이러한 경우에도 차별구제판결 등은 간접강제의 방법으로 집행해야 하는 것이 문제된다. 민사집행법의 일반적인 법리에 따를 때 ‘채무의 성질’을 고려해서<sup>223)</sup> 집행 방법을 택하는 것이 타당하다는 점, 간접강제는 다른 강제집행이 불가능한 때에 허용된다는 보충성을 가진다는 점<sup>224)</sup>을 고려하면, 대체적 작위의무에 해당하는 차별시정의무는 대체집행 등의 방법으로 집행하는 것이 타당할 것이다. 반면, 차별구제판결 등은 간접강제의 방법으로만 집행되도록 하는 것이 장애인차별금지법 제48조가 민사집행법 제261조를 준용하도록 한 입법자의 의사라고 볼 여지도 있다. 일반화하기는 어렵겠지만, 대체집행 등의 방법이 가능한 것은 보다 직접적으로 채권의 만족을 가져다준다는 점에서 채권자를 두텁게 보호하는 측면이 있고, 간접강제만 가능한 것은 차별을 시정함에 있어서 채무자 측의 의사와 재량을 존중하는 측면이 있다.

한편, 차별구제판결은 내릴 수 있다고 하더라도 강제집행은 불가능한 채무가 있는지 문제된다.<sup>225)</sup> 특히 채무의 의사만으로는 이행할 수 없는 채무에 대해 간접강제를 명할 수 있는지 문제된다. 제3자의 협력이 요구되는 채무, 채무자의 능력을 초과하는 과도한 비용지출을 요하는 채무 등이 그 예이다.<sup>226)</sup> 구체적으로는 법원이 점포의 출입을 위한 경사로를 설치하라는 판결을 내렸으나, 경사로 설치를 위해서는 도로점용 허가가 필요한 사례를 생각해볼 수 있다. 이러한 경우에는 간접강제가 전혀 허용되지 않는다는 견해도 있으나, 이러한 경우에도 채무자에게 그가 할 수 있는 노력을 다할 것(예컨대 제3자에게 소를 제기하는 등)을 요구할 수는 있으므로, 제3자가 채무자의 노력에도 불구하고 그러한 협력을 거부하거나 또는 채무자가 그에 필요한 비용을 조달할 수 없이 밝혀진 경우에만 간접강제가 배제된다고 봄이 타당하다.<sup>227)</sup> 위의 예시에 비추어보면, 채무자가 도로점용 허가를 신청했지만 결과적으로 허가가 이루어지지 않았다는 사정이 있는 경우에 간접강제 결정이 내려지지 않는 것이 타당할 것이다.

223) 민사집행법 제261조 제1항 참조.

224) 편집대표 민일영, 98쪽.

225) 이러한 채무도 자연채무와는 달라서 채무이행을 명하는 이행판결을 구할 수 있고, 다만 그 집행권원에 기초한 강제집행이 불능이 될 뿐이다(편집대표 민일영, 102쪽).

226) 편집대표 민일영, 102쪽.

227) 법원실무제요, 민사집행[Ⅲ], 법원행정처, 2014, 598쪽.

법원은 간접강제의 신청이 있으면 집행력 있는 집행권원의 정본이 존재하는지, 일반적인 집행개시요건이 갖추어져 있는지, 그 외의 간접강제의 요건이 갖추어졌는지를 심리하여야 한다.<sup>228)</sup> 이 과정에서 집행권원에 표시되어 있는 작위의 내용이 해석에 의하여 특정될 수 있는지도 판단하여야 할 것이다.

한편, 채무자의 채무불이행을 채권자가 증명하여야 하는지에 관하여서는 다툼의 여지가 있으나, 채무자가 적극적으로 증명할 사항이 아니라고 보는 것이 타당하다.<sup>229)230)</sup> 차별시정의무는 ‘하는 채무’에 해당하는데, 하는 채무의 집행에서 채무자의 채무불이행이 있을 것이 집행개시의 요건인지에 관하여는 학설상 다툼이 있다.<sup>231)</sup> 이에 관하여 판례의 입장이 반드시 명확한 것은 아니지만, 채무자의 채무불이행이 있을 것을 요건으로 삼지 않는 것으로 보인다.<sup>232)</sup>

그리고 이때 채무자가 당해 작위를 실시할 수 있는 실체법상의 권능을 가졌는지 여부나 사실상의 실시 가능성이 있는지 여부는 심사의 대상이 되지 않는다. 집행으로 인해 제3자의 권리를 침해하게 될 때에는 제3자에 대한 불법행위를 구성할 수 있고, 경우에 따라서는 제3자가 제3자 이익의 소에 의하여 집행을 저지할 수 있을 뿐이다.<sup>233)</sup>

간접강제에 관한 법원의 심리에 있어서는 법원의 재량이 크다. 하지만 단행가처분 결정과 차별구제조치판결을 비교하여 보면, 본안 판결의 실효성을 높인다는 측면에서 차별구제조치판결의 경우 간접강제 신청이 인용될 가능성이 상대적으로 높다고 볼 수 있다.<sup>234)</sup>

한편, 장애인차별금지법은 법원이 차별구제판결을 내리는 단계에서도 간접강제에 관한 주문을 붙일 수 있다고 규정하고 있다.<sup>235)</sup> 이와 같이 간접강제가 내려진 경우는 총 세 건<sup>236)</sup>으로 확인되

228) 편집대표 민일영, 106쪽.

229) 같은 취지로, 편집대표 민일영, 106쪽.

230) 관련하여, 하정훈은 구제조치의 내용이 명확하지 않아 그 이행 여부가 다투어지는 경우, 간접강제결정에 기해 집행문을 부여받아 피고의 재산에 대해 집행을 할 때 이에 관한 집행문 부여의 소 또는 집행문부여에 대한 이의 절차에서 다툴 수 있다는 입장이다(하정훈, 117쪽).

231) 편집대표 민일영, 64~65쪽.

232) 대법원 1990. 12. 27.자 90마858 결정, 대법원 1992. 6. 24.자 92마214 결정. 편집대표 민일영, 65쪽.

233) 대체집행의 경우, 같은 취지로, 편집대표 민일영, 65~66쪽.

234) 권창영과의 인터뷰(제2장 제3절).

235) 장애인차별금지법 제48조 제3항.

236) ‘피한정후견인 금융거래 제한 사건(#14)’, ‘시각장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#18)’, ‘지적장애인 놀이기구 탑승 거부 사건(#19)’

며, 법원이 차별구제판결은 내리면서도 간접강제는 기각한 사례<sup>237)</sup>도 있었다.

위와 같이 차별구제청구소송 단계에서 간접강제의 주문이 붙은 판결이 나온 사례 외에, 차별구제판결 등에 대해서 집행절차가 진행된 사례는 확인되지 않는다. 법원의 차별구제판결에도 불구하고 이를 피고가 이를 이행하지 않아서 그 의무위반을 이유로 손해배상청구를 한 사례[‘대학 교직원 보직 배제 2차 사건(#3)’]만 확인된다.

---

237) ‘온라인쇼핑몰 웹 접근성 사건(#24)’

## 제6장 나가며

이번 연구는 차별구제청구소송을 수행하고 있는 변호사들이 다양한 소송의 재판부로부터 아래와 같은 공통된 질문을 들으면서 시작하였다.

- 청구취지가 더 특정되어야 하지 않을까요?
- 이 청구취지대로 집행이 가능할까요?
- 재판부가 피고에게 이런 것까지 요구하는 것은 너무 무리이지 않을까요?
- 미국과 우리나라는 법체계가 다르니까 참고하기는 어렵지 않을까요?

연구진들은 법원을 설득하기 위해서, 그리고 스스로의 이해를 높이기 위해서 선행연구를 분석하고, 판결례들을 수집하여 정리하고, 같은 고민을 하는 변호사들의 의견을 청취하고 자문을 구했다. 또한 차별구제청구소송의 먼저 도입한 미국의 법체계를 살펴보고, 다양한 차별구제청구소송 사례들을 찾아 우리의 제도의 참고할 수 있는 시사점을 도출하려고 하였다.

장애인차별금지법이 제정됨에 따라 차별구제청구소송 제도가 도입된 것은 ‘장애를 이유로 국가 및 사인에 의해서 평등권을 침해당한 위법한 상태에 대한 배제 및 예방’을 청구할 수 있는 길이 열렸다는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다. 헌법상 ‘평등권’이라는 추상적인 권리를, 사인 간의 관계에서도 소구할 수 있고 집행할 수 있는 권리로 구체화한 것이기 때문이다.

나아가, 최근에는 포괄적 차별금지법(평등법) 제정논의가 활발하게 이루어지고 있는데, 이는 법적으로 구제받고 시정될 수 있는 차별의 범위를 장애를 이유로 한 차별뿐 아니라 제반 사유로 인한 차별에까지 법적인 차별구제조치를 확장시키게 될 것이다. 결국, 차별구제청구소송 제도를 제대로 이해하고 운용하는 것은 헌법상 평등권을 우리 사회에서 실현시키는 데에 있어서 핵심적이다. 본고가 차별구제청구소송 제도에 관한 이해와 논의에 조금이라도 기여하기를 희망한다.

## 〈참고문헌〉

## 단행본, 논문 및 발제문

- 장애인법연구회, 장애인차별금지법 해설서, 나남 (2017)
- 법원행정처, 법원실무제요 민사소송I (2017)
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행III (2014)
- 구본권, 장애인차별금지법상 법원의 적극적 조치, 사회보장법연구 2017년 제6권 제1호 (2017)
- 편집대표 김용담, 주석 민법, 한국사법행정학회 (2014)
- 편집대표 김용덕, 주석 민법, 한국사법행정학회 (2019)
- 김재왕, 장애인차별금지법 판결 분석, 사회보장법연구 제7권 제1호 (2018)
- 김재원, 미국 장애인법의 성과와 한계, 성균관법학 제23호 (2011)
- 김재원, 장애 차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로, 법과사회 제45호 (2013)
- 김재원·최초록·김구열, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조에 따른 ‘법원의 구제조치’, 장애인법연구 (2016)
- 김종일, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’에 따른 법원의 차별시정조치 판결, 법이론실무연구 제4권 제2호 (2016)
- 김태선, 미국법상 금지명령 제도 - 불법행위법 개정안에 대한 시사점을 중심으로, 민사법학 제61호 (2012)
- 편집대표 민일영, 주석 민사집행법, 한국사법행정학회 (2018)
- 심재진, 장애인차별금지법상 차별로 보지 않는 ‘정당한 사유’의 의미와 구제수단으로서의 적극적 조치, 노동법학 제57호 (2016)
- 이준일, 한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점, 안암법학 제34권 (2011)
- 차성안, 소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점, 사회보장법연구 2012년 제1호 (2012)
- 하명호, 공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급, 인권과정의 Vo1. 380 (2008)
- 하정훈, 우리나라 법원의 적극적 구제조치의 판결례에 관한 연구, 포괄적 차별금지법과 법원의 역할 자료집 (2020)

## 언론 기사

2020. 12. 29.자 더인디고 기사, “시정명령, 법에서 잠자던 제도를 부활시킬 수 있을까?”

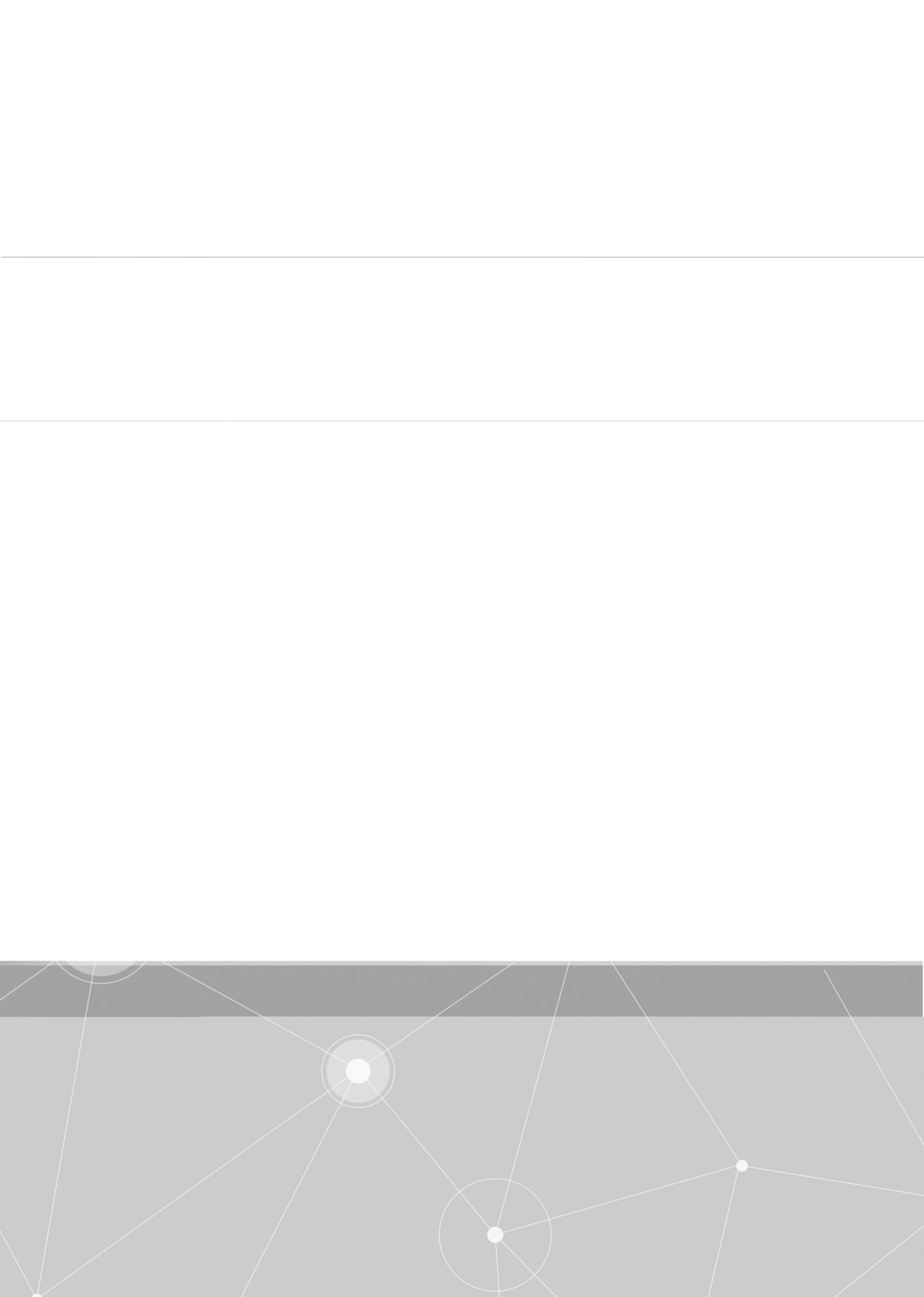
## 국내 판결 등

광주지방법원 2019. 4. 5. 선고 2018가합56850 판결  
 광주지방법원 2019. 5. 10. 선고 2018가합58467 판결  
 광주고등법원 2019. 9. 27. 선고 2019나21636 판결  
 대구지방법원 상주지원 2016. 3. 31. 선고 2015가합225 판결  
 대법원 2021. 4. 1. 선고 2018다203418 판결  
 서울고등법원 2011. 9. 2. 선고 2011나18439 판결  
 서울고등법원 2016. 4. 26. 선고 2013나61901 판결  
 서울고등법원 2017. 12. 5. 선고 2017나2024388 판결  
 서울고등법원 2019. 1. 25. 선고 2015나2041792 판결  
 서울고등법원 2019. 7. 4. 선고 2018나2069869 판결  
 서울고등법원 2020. 6. 10. 선고 2019나2029929 판결  
 서울고등법원 2020. 11. 5. 선고 2019나2041059 판결  
 서울남부지방법원 2018. 11. 23. 선고 2018가합100329 판결  
 서울남부지방법원 2019. 6. 14. 선고 2018가합105669 판결  
 서울동부지방법원 2020. 7. 8. 선고 2019가합108198 판결  
 서울중앙지방법원 2011. 1. 12. 선고 2010가합76271 판결  
 서울중앙지방법원 2013. 8. 30. 선고 2011가합38092 판결  
 서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합11791 판결  
 서울중앙지방법원 2015. 9. 4. 선고 2014가합593279 판결  
 서울중앙지방법원 2017. 12. 7. 선고 2016가합508596 판결  
 서울중앙지방법원 2018. 10. 11. 선고 2015가합553445 판결  
 서울중앙지방법원 2019. 8. 28. 선고 2018가합586347 판결  
 서울중앙지방법원 2019. 9. 18.자 2019머534733(2019가합505192) 결정  
 서울중앙지방법원 2021. 2. 18. 선고 2017가합33112, 2017가합33129, 2017가합33136 각 판결  
 수원지방법원 2013. 11. 29. 선고 2013구단11332 판결  
 수원지방법원 안산지원 2017. 4. 27. 선고 2016가합6603 판결  
 전주지방법원 군산지원 2014. 7. 3. 선고 2013가합2599 판결  
 전주지방법원 군산지원 2015. 11. 19. 선고 2015가합11078 판결  
 대구고등법원 2017. 11. 28.자 2016나22159 결정  
 서울남부지방법원 2013. 9. 12.자 2013가합102207 결정  
 서울남부지방법원 2013. 11. 12.자 2012가합13003 (화해권고결정)  
 서울중앙지방법원 2012. 12. 13.자 2012카기2448 결정  
 서울중앙지방법원 2013. 12. 6.자 2012가합540783 결정

서울중앙지방법원 2014. 7. 4.자 2012가합106831 결정  
 서울중앙지방법원 2018. 8. 17.자 2017가합555506 결정  
 서울행정법원 2012. 12. 14.자 2012아4209 결정  
 서울행정법원 2012. 12. 20.자 2012아4203 결정  
 서울행정법원 2012구합42427 (소취하)

## 미국 판결 등

E.E.O.C. v. Cottonwood Financial Washington, LLC, CV-09-5073-EFS, Not Reported in F.Supp.2d, 2010 WL5300555 (2012)  
 Fortune v. American Multi-Cinema, Inc., CV0105551NMJWJX, Not Reported in F.Supp.2d, 2002 WL 32985838 (2002)  
 Fortune v. American Multi-Cinema, Inc., 364 F.3d 1075 (2004)  
 Mascarenhas v. Rutgers, 412 F.Supp.3d 500 (2019)  
 Mascarenhas v. Rutgers, 814 Fed.Appx. 698 (2020)  
 National Federation of the Blind, et al. v. Target Corp, 452 F. Supp. 2d 946 (2006)  
 National Federation of the Blind, et al v. Target Corp, 582 F. Supp. 2d 1185 (2007)  
 U.S. v. County of Erie, NY, 1:13-CV-00714 (2013)



“항상 외국인, 때때로 아동”  
아동 최상의 이익의 원칙에 따른  
출입국행정 구현을 위한 연구

이탁건 변호사(前 재단법인 동천)  
김진 외국변호사(사단법인 두루)  
이진혜 변호사(이주민센터 친구)  
이제호 변호사(이주민센터 친구)

국내 법원 판례와 국가인권위원회 권고 수집 및 분석에 큰 도움을 준 서울대 법학전문대학원 12기 권용석, 박서현, 이승호, 조수현님, 연세대 언론홍보영상학부 17학번 지예림님에게 감사드립니다.  
감수해주신 서울대학교 법학전문대학원 소라미 교수님께 감사 드립니다.

## I. 연구의 목적과 방법

### 1 연구의 목적

국내 체류 이주배경 아동·청소년(이하 “이주아동”)의 규모는 20만여 명이다. 법무부에서는 체류 자격이 없는 ‘미등록 이주아동’의<sup>1)</sup> 수를 대략 8천여 명 정도로 추산하고 있으나 이는 처음에 체류 자격을 지녔다가 체류기간이 도과한 이주아동의 수만을 추산한 것으로 국내출생 미등록 아동이나 다른 이유로 미등록 이주아동이 된 아동의 수는 포함되어 있지 않다. 또한 출생등록 자체가 되어 있지 않은 출생 미등록 아동의 경우, 공적인 사회적 인식 지표가 없어서 정확한 통계 조사가 이루어지기도 힘들다. 따라서 시민단체, 이주 인권 관련 연구 단체 등에서 미등록 외국인의 수와 미등록 이주아동의 발생 원인 등을 토대로 추산한 2만여 명이라는 수치가 널리 받아들여지고 있다.

부모를 동반하지 않고 입국 및 체류하는 아동(이른바 “미동반 아동”), 장기간 국내에서 체류한 미등록 이주아동 등 타 이민국가에서 규모가 급증하는 다양한 형태의 이주아동 집단이 최근 한국 사회에서 가시화되고 있으나, 이에 대응하여 아동의 권리를 보호하기 위한 법 행정적 조치는 아직 미흡한 형편이다. 아동의 권리에 관한 협약(이하 “아동권리협약”)<sup>2)</sup> 제3조는 아동에게 영향을 미치는 모든 결정에 있어서 아동 최상의 이익이 우선되어야 한다고 선언하며 이른바 ‘아동 최상의 이익의 원칙 (best interests of the child principle)’<sup>3)</sup> 이행 의무를 당사국에게 부여하고 있다. 이 원칙은 국적과 무관하게 견지되어야 하므로, 출입국행정에 대해서도 아동 최상의 이익이 고려

1) 법무부는 공식문서에서 “불법체류자”라는 표현을 주로 사용하고 있으나, 본 연구에서는 “불법체류”의 표현의 부당성, 낙인효과, 유엔 등 국제기구의 적용례 등을 고려하여 “미등록 이주민”, “미등록 아동” 또는 “미등록 이주아동” 등의 표현을 사용한다.

2) 국내 비준일 1991.11.20, 발효일 1991.12.20.

3) 국내 용례는 ‘아동 최선의 이익’ 및 ‘아동 최상의 이익’이 혼재되어 있는데, 아동권리협약 등의 공식 번역문은 ‘아동 최선의 이익’으로 번역한다. 그러나 아동 최선의 이익이 국가행위에 있어 최우선적인 고려사항(primary consideration)이라는 당 원칙의 특수한 성격을 온전히 전달하기 위해 “아동 최선의 이익의 원칙”이 아닌 “아동 최상의 이익의 원칙”으로 국내 시민사회에 소개되어, 널리 사용되고 있다 (2021.3.2. 아동인권단체 활동가와의 유선인터뷰). 집필진은 이러한 번역례에 동의하여 이하에서는 외부 문헌을 직접 인용하는 것 외에는 모두 ‘아동 최상의 이익’으로 사용한다. Best interests of the child principle도 같은 방식으로 ‘아동 최상의 이익의 원칙’으로 번역하여 사용한다.

되어야 한다. 실제로 아동복지법 등 일부 국내법은 아동 최상의 원칙을 규정하고 있으나, 출입국 관리법 등에는 아동에 대한 별도의 규정이 전무하며, 실제 출입국행정 집행 단계에서도 아동 인권에 대한 고려가 부족하다는 비판이 국내외에서 지속 제기되고 있다.

## 2 연구의 방법

이 연구는 아동의 최상의 이익이 고려되어야 하는 주요 출입국행정 절차 (단속, 구금, 구금해제, 강제퇴거 및 출국명령, 불복 사법절차, 난민신청, 체류자격 변경, 귀화 등)에 대한 비판적 검토를 수행하고, 이에 대한 입법적 또는 행정적 대안을 제시하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 법령 외에도 공개된 행정규칙 (출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙 등) 및 내부 지침 (출입국 사증·체류관리 매뉴얼 등)을 참조하여 현실적인 대안과 법 개정안을 제시하고자 한다.

## 3 기존 연구 및 연구의 필요성

이주아동의 권리에 대한 연구는 그동안 다수 수행되어 왔다. 인권적 관점에서 강제퇴거 등 일부 출입국행정 처분에 대한 비판적 연구 역시 존재하나, 아동 최상의 이익의 원칙의 관점에서 출입국 행정절차 전체를 조망한 연구는 현재까지 부재하다. 최근 몇 년간에도 아동 인권적 출입국행정 처분에 대한 다양한 국제조약기구의 권고, 국가인권위원회 결정, 법원 결정 및 이와 관련된 시민사회의 활동이 존재하나, 이를 망라·취합한 자료는 부재하다.

법무부는 미등록 이주아동에 대한 연구를 발주하고 (2018년) 장기체류 미등록 이주아동의 국적 부여에 대한 연구를 수행할 계획을 발표하는 (2020년 하반기) 등 이주아동 대상 정책 계획을 수립할 필요성을 실감하고 있다고 판단된다. 통합 이민법 제정을 위한 기초연구 수행 (2020년) 등 정부가 출입국행정법제의 대대적인 개편을 준비 중인 현시점에서 아동 친화적 이민법 및 제도 수립을 위한 제언의 필요성이 매우 높다.

## Ⅱ. 아동 최상의 이익의 원칙 개관

### 1 아동 최상의 이익의 원칙에 대한 국제기준

#### 가. 개관

아동권리협약 제3조 제1항은 공공·민간영역에서 아동과 관련된 모든 활동 또는 결정에 있어서 “아동의 최상의 이익”이 최우선 고려사항으로 평가되고 판단될 것을 규정하고 있다.

##### 아동권리협약 제3조 제1항

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, court of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration

공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동 최상의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다

아동권리협약은 아동의 모든 권리를 해석하고 이행하기 위한 4대 기본원칙 (4 Guiding Principles)으로 제2조 (비차별), 제6조 (생명, 생존, 발달권), 제12조 (피청취권) 및 아동 최상의 이익의 원칙을 제시하고 있다. 아동 최상의 이익의 원칙은 제3조 제1항뿐만 아니라, 제9조(부모로부터 분리), 제10조(가족의 재결합), 제18조(부모의 책임), 제20조(가정환경의 박탈 및 대안 양육), 제21조(입양), 제37조 c호(구금 시 성인으로부터의 격리), 제40조 2b(iii)항(법을 저촉한 아동이 관여된 형사사건의 심리에 있어서 부모의 참석 등 절차적 보장사항) 등에서 명시적으로 언급되고 있다.

아동권리위원회는 아동권리협약의 해석을 담당하는 기구로서 조약에 대한 일반적, 추상적 유권해석인 일반논평 또는 일반권고를 발표하고 개별적, 구체적 유권해석으로 국가보고서에 대한 최종평가 및 개인통보에 대한 의견을 제시한다. 아동권리위원회와 같은 조약기구의 유권해석은 조약의 해석을 위한 중요한 자료로 인정되고, 당연히 상당한 설득적 권위를 보유한다고 보는 것이

국제사회에서 널리 받아들여지고 있다.<sup>4)</sup> 아동권리위원회는 수 차례의 일반논평을 통해 아동권리 협약상의 권리가 당사국의 국적을 보유한 아동에 한정되지 않고, 협약에서 명시적으로 달리 규정하지 않는 한 국적, 체류자격 또는 무국적 여부와 무관하게 모든 아동에게 적용하여야 한다는 견해를 제시해왔다.<sup>5)</sup> 최근에는 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회와 공동 일반논평을 채택하여, 이주배경 아동이 “무엇보다도 먼저 아동으로서 대우받도록 하여야 한다”는 점을 강조하고, 아동 또는 그의 부모나 보호자의 체류 자격 등과 무관하게 아동의 권리를 존중, 보호 및 충족할 의무를 당사국에게 부여하였다.<sup>6)</sup>

아동권리위원회는 수 차례의 일반논평을 통해 아동 최상의 이익의 원칙을 구체화하고, 한국의 국가보고서에 대한 평가에도 이주아동과 관련된 아동 최상의 이익의 원칙 침해에 대한 의견을 제시한 바 있다. 아동권리위원회에 따르면 아동 최상의 이익은 3중 개념으로서, (1) 실체적 권리이면서 (2) 법률 해석의 기준이고, (3) 절차적 규칙이기도 하다.<sup>7)</sup> 즉, 아동 최상의 이익은 (1) 실체적 권리로서 국가가 아동의 최상의 이익을 최우선적인 고려사항으로 평가하고 채택하도록 하는 아동의 법적 권리이고, (2) 법률의 해석 시 아동 최상의 이익을 가장 효과적으로 도모하는 해석을 선택하도록 하는 기준으로 작용하며, (3) 아동에게 영향을 미칠 수 있는 결정 과정에서 아동에 미치는 영향에 대한 평가를 시행하고, 결정에 아동 최상의 이익이 어떻게 반영되었는지 결정 이유에 포함하도록 보장한다.<sup>8)</sup> 개별 아동뿐만 아니라 아동 집단에 대한 결정에도 아동 최상의 이익의 원칙이 항상 반영되어야 한다.<sup>9)</sup> 아동 최상의 이익의 보장을 위해서는 모든 입법, 정책 또는 예산 책정이 아동에게 미치는 영향에 대한 평가를 지속적으로 시행하여야 한다.<sup>10)</sup> 아동 최상의 이익은 아동권리협약의 이행 과정에서 최우선적으로 고려되어야 하며 (a primary consideration), 고려 여부 및 우선순위 부여에 대한 당사국의 재량은 인정되지 않는다.<sup>11)</sup> 사안 별로 다른 권리 및 이익과의 비교형량이 필요하지만, 여하간 아동 최상의 이익은 단순히 여러 고려사항 중의 하나에 불과

4) 광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결 등.

5) 아동권리위원회, 출신국의 외부에 있는 동반되지 않고 분리된 아동에 대한 대우 제12항에 관한 일반논평 6호(2005), 제12항, 아동권리위원회, 아동의 최상의 이익을 최우선 고려사항으로 채택하게 할 아동의 권리(제3조 제1항)에 관한 일반논평 14호(2013), 제21항 등.

6) 아동권리위원회, 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회, 국제이주 맥락에서의 아동 인권 관련 일반적 원칙에 관하여 공동으로 채택한 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회 일반논평 3호(2017) 및 아동권리위원회 일반논평 22호(2017), 제11항.

7) 아동권리위원회 (2013), 제6항 및 제7항.

8) 위의 글.

9) 위의 글.

10) 아동권리위원회, 아동의 권리에 관한 협약의 이행을 위한 일반 조치(제4조, 제42조, 제44조 6항)에 관한 일반논평 5호(2000), 제45항.

11) 위의 글, 제36항.

하지 않는다는 점을 염두에 두고 아동 최상의 이익에 비중을 부여하여야 한다.<sup>12)</sup>

아동권리위원회는 아동 최상의 이익의 원칙에 따른 당사국의 의무의 구체적인 내용을 다음과 같이 제시하고 있다.<sup>13)</sup>

15. 이를 준수할 수 있도록 당사국은 협약 제4조와 제42조 및 제44조 6항에 따라 수많은 이행조치를 취해야 하며, 아동의 최상의 이익이 다음을 포함하는 모든 활동에서 최우선 고려사항이 되도록 보장해야 한다.

- (a) 제3조 1항을 반영하는 한편, 모든 국내 법률과 규정, 준주법, 아동에게 서비스를 제공하거나 영향을 미치는 공공 또는 민간 기관의 활동을 규제하는 규칙, 사법·행정절차의 모든 단계에서 아동의 최상의 이익이 실제적 권리 및 절차규칙으로서 고려되어야 한다는 요건을 반영하고 이를 실행할 수 있도록 국내법과 여타 법원(法源)을 재검토하고 필요시 개정한다.
- (b) 중앙정부 및 지방자치단체 차원에서 정책 조정과 이행에 있어서 아동의 최상의 이익을 준수한다.
- (c) 아동과 관련되거나 아동에게 영향을 미치는 모든 이행조치와 행정·사법절차에 아동의 최상의 이익이 적절히 반영되고 지속적으로 적용되게 할 아동의 권리를 완전히 실현하기 위하여 진정과 구제 또는 배상을 위한 기제와 절차를 수립한다.
- (d) 아동권리 실현을 목적으로 하는 프로그램과 조치에 국가자원의 배분 및 국제적 지원 또는 개발원조를 받는 활동에 있어서 아동의 최상의 이익을 준수한다.
- (e) 자료수집 체계를 수립, 감시, 평가할 때 아동의 최상의 이익을 명시적으로 기술하도록 하고, 필요시 아동권리 문제에 대한 연구를 지원한다.
- (f) 아동을 위해 일하거나 아동을 상대하는 전문가와 여타 사람을 비롯해 아동에게 직·간접적 영향을 미치는 결정을 하는 모든 사람을 대상으로 제3조 1항 및 그 실질적인 적용에 관한 정보를 제공하고 교육을 실시한다.
- (g) 제3조 1항에 따라 보호받는 권리의 범위를 이해할 수 있도록 적절한 정보를 아동(아동이 이해할 수 있는 언어로 제공)을 비롯한 그들의 가족 및 돌보미에게 제공하는 한편, 아동이 자신의 의견을 표현할 수 있도록 필요한 여건을 조성하고 아동의 의견에 적절한 비중을 부여하도록 해야 한다.
- (h) 아동이 권리 소유자임을 인식할 수 있도록, 아동의 최상의 이익을 최우선 고려사항으로 평가되고 채택되게 할 아동의 권리가 완전히 실현되는 것을 방해하는 모든 부정적 태도와 인식을 아동은 물론 대중매체 및 소셜네트워크를 포함한 의사소통 프로그램을 통해 불식시킨다.

## 나. 아동 최상의 이익 평가 고려 요소 및 심사기준

### (1) 아동 최상의 이익 평가 고려요소

앞서 살펴본 아동권리위원회의 일반논평에서 제시하고 있는 아동 최상의 이익 평가 고려요소는 다음과 같다.

12) 위의 글, 제39항.

13) 아동권리위원회 (2013), 제15항.

1) 아동의 견해<sup>14)</sup>

아동 자신에게 영향을 미치는 모든 결정에 있어서 의견을 말할 아동의 권리를 규정하고 있는 협약 제12조에 따라, 아동이 자신의 견해를 표현하고 이를 의사결정 과정에 반영하여야 한다. 아동의 연령 또는 취약성과 무관하게 참여가 가능한 한도 내에서 보장하여야 하고, 필요에 따라 합리적 편의 및 지원을 제공하여야 한다.

2) 아동의 정체성<sup>15)</sup>

성별, 성적 지향, 국적, 종교와 신앙, 문화적 정체성, 개성 등 자신의 정체성을 보존할 아동의 권리는 자신의 권리에 부합하는 한도 내에서 아동 최상의 이익 평가에서 존중되어야 한다.

3) 가정환경의 보존 및 관계유지<sup>16)</sup>

“아동의 의사에 반하여 아동을 부모로부터 분리하지 않아야 한다. 다만, 아동의 최상의 이익에 반하는 경우는 예외로 한다”는 아동권리협약 제9조 제1항에 따라 가족과의 분리 방지 및 가족과의 결합 유지는 (아동을 보호하기 위해 분리가 필요하지 않는다면) 아동 최상의 이익의 평가 요소에 포함된다. 특히 출입국 결정으로 인해 가족이 분리된 경우, 가족단위의 보존은 아동 최상의 이익 평가 시 반드시 고려되어야 한다.<sup>17)</sup>

4) 아동의 돌봄과 보호 및 안전<sup>18)</sup>

아동복지에 필요한 보호와 배려를 아동에게 보장할 당사국의 의무(아동권리협약 제3조 제2항)에 기초하여, 아동의 돌봄(care), 보호(protection) 및 안전(safety)의 보장이 아동 최상의 이익 평가 시 반영되어야 한다. 이에 대한 당사국의 의무는 넓게는 기본적인 물질적, 신체적, 교육적, 정서적 요구를 포함한 아동의 안녕(well-being)을 보호할 의무로 해석되며, 좁게는 모든 형태의 신체적 또는 정신적 폭력, 상해나 학대(협약 제19조), 성희롱, 포래압력, 집단 괴롭힘, 굴욕적인 대우를 비롯해 성적, 경제적 및 여타의 착취, 마약, 노동, 무력분쟁 등으로부터(아동권리협약 제

14) 아동권리위원회 (2013), 제53~54항.

15) 아동권리위원회 (2013), 제55~57항.

16) 아동권리위원회 (2013), 제58~70항.

17) 아동권리위원회 (2013), 제66항.

18) 아동권리위원회 (2013), 제71~74항.

32~39조) 보호받을 아동의 권리에 대한 고려를 포함한다.

#### 5) 아동의 취약한 상황<sup>19)</sup>

아동의 취약한 상황 및 지위 - 장애, 소수집단의 구성원, 난민 또는 난민신청자, 학대 피해자, 노숙 등 - 은 고려되어야 할 중요한 요소이다.<sup>20)</sup> 각 아동의 특수한 상황은 개별적으로 평가되어야 한다.

#### 6) 아동의 건강권<sup>21)</sup>

아동권리협약 제24조는 “도달 가능한 최상의 건강 수준을 향유하고, 질병의 치료와 건강의 회복을 위한 시설을 사용할 수 있는 아동의 권리”를 규정하고 있다. 아동의 건강권(제24조)과 건강 상태는 아동의 최상의 이익 평가에 있어서 중심적인 요소이다.

#### 7) 아동의 교육권<sup>22)</sup>

아동 최상의 이익을 위하여 아동은 유아교육을 포함한 양질의 교육을 무상으로 제공받아야 한다. 당사국은 모든 결정에서 아동의 교육권과 관련된 아동 최상의 이익을 고려하여야 한다.

### (2) 아동 최상의 이익 보장을 위한 절차적 요소

아동 최상의 이익의 보장을 위한 절차적 보호조치로는 다음이 제시된다.

#### 1) 자신의 견해를 표현할 권리<sup>23)</sup>

아동과 관련된 처분에서 아동의 유의미한 참여와 의사소통이 보장되어야 한다. 아동과 대리인의 의견이 상충되는 경우, 별도의 대리인 선임이 보장되어야 한다.

19) 아동권리위원회 (2013), 제75~76항.

20) 아동권리위원회 (2013), 제75항.

21) 아동권리위원회 (2013), 제77~78항.

22) 아동권리위원회 (2013), 제79항.

23) 아동권리위원회 (2013), 제89~91항.

2) 사실관계의 확정<sup>24)</sup>

아동의 최상의 이익을 확정하기 위해 관련 사실과 정보의 확보가 중요하다. 이를 위해 아동과 친밀한 사람, 일상적으로 아동과 접촉하는 사람, 사건의 목격자 등과의 면담 등을 진행하여야 한다.

3) 아동의 상황을 고려한 신속한 절차 진행<sup>25)</sup>

의사결정의 지체는 계속 성장하는 아동에게 특히 악영향을 끼친다는 점을 유념하여, 가능한 최단 시일 내에 아동에게 영향을 미치는 절차를 완료하여야 한다.

4) 전문가에 의한 심사<sup>26)</sup>

아동 및 청소년 발달에 대한 전문적인 식견을 갖춘 전문가의 평가를 통해 아동의 특성과 요구를 판단하여야 한다. 특히 아동 심리학, 아동발달 및 기타 인간사회개발 분야의 교육을 받고 아동 대상 경험이 있는 전문가가 필요하다.

5) 법률 대리인의 선임<sup>27)</sup>

아동의 최상의 이익이 법원 및 기타 심의기관에서 평가될 때, 필요하다면 적절한 법정대리인이 제공되어야 한다.

6) 구체적인 이유 부기 의무<sup>28)</sup>

아동 최상의 이익의 원칙을 준수하였다는 점을 증명하기 위해, 아동과 관련된 모든 결정에 있어 구체적인 이유를 부기하여야 한다. 아동에 관한 모든 사실, 최상의 이익 평가에서 규명된 요소, 각 사례에 포함된 요소의 내용, 아동 최상의 이익을 결정하기 위해 사용된 요소의 비중 측정방법 등을 명시하여야 한다. 특히 결정이 아동 최상의 이익에 부합하지 않는 경우에도, 아동 최상의 이익이 최우선 고려사항이었다는 증거를 제시하여야 한다.

24) 아동권리위원회 (2013), 제92항.

25) 아동권리위원회 (2013), 제93항.

26) 아동권리위원회 (2013), 제94~95항.

27) 아동권리위원회 (2013), 제96항.

28) 아동권리위원회 (2013), 제97항.

7) 결정의 재검토 절차<sup>29)</sup>

아동 관련 결정에 대해 이의 제기하고, 재검토할 수 있는 절차가 구비되어 있어야 한다. 아동에게는 이러한 절차에 대한 정보가 제공되어야 한다.

8) 아동권리 영향평가 (Child Rights Impact Assessment, CRIA)<sup>30)</sup>

모든 국가행위가 아동 최상의 이익의 원칙에 따라 진행될 수 있도록, 아동에게 영향을 미치는 모든 정책, 법, 규칙, 예산 등의 수립을 위해 아동권리영향평가를 진행되어야 한다.

## 다. 출입국행정과 관련된 아동 최상의 이익의 심사기준

아동의 최상의 이익 (그것이 아동권리협약의 개별적 권리의 해석 기준으로 작용하건, 별개의 실체적 권리로 작용하건)의 심사기준의 구체화에 대해서는 아래에서 더 상세히 살펴보겠지만, 각국 법원 및 지역 법원은 일반적인 비례성 심사를 통해 이익을 형량하되, 아동의 이익을 위한 구체적이고 개별적인 심사가 필요하다고 제시하고 있다. 즉, 아동의 최상의 이익은 연령, 성숙도, 부모의 존재, 생활환경 및 성장과정 등의 개별적 상황에 따라 다르게 평가되어야 하므로, 모든 사건은 개별적인 심사가 필요하다는 것이다. 아동권리협약을 근거로 하여 국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약(이하 “헤이그아동탈취협약”) 상의 아동 최상의 이익의 원칙이 “가장” 중요한 고려사항(the primary consideration)이라고 판단한 일부 유럽인권재판소 판결도 존재하나,<sup>31)</sup> 아동 최상의 이익의 원칙은 여러 주요한 고려사항 중 하나(a primary consideration)라고 보는 것이 주류적 해석이며, 아동권리협약 제정 과정에서의 논의도 이러한 해석을 뒷받침한다.

비례성 심사에서 비교형량되어야 할 이익에 대해, ‘인권적 법익’ (human rights interests)만이 비교형량 될 수 있고, 다른 추상적인 공공복리 등에 의해서는 제한될 수 없다는 일부의 견해도 존재한다.<sup>32)</sup> 이러한 주장은 아동권리협약 제13~15조는 제한 단서가 부기되어 있으나 제3조는 제한 규정이 없다는 사실을 근거로 한다.<sup>33)</sup> 이 주장을 따라가면 단순한 이민법 위반

29) 아동권리위원회 (2013), 제98항.

30) 아동권리위원회 (2013), 제99항.

31) European Court of Human Rights, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, 2012.

32) UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2012, 38 등.

33) Jonathan Collinson, Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, Vol 38(3), 181.

(체류기간 도과, 밀입국 등)은 타인의 기본권을 직접적으로 침해하지 않기 때문에, 이민법 위반 사실로는 아동의 강제퇴거를 정당화할 수 없다는 결론에 이르게 된다.<sup>34)</sup> 그러나 공공복리는 사회구성원 전체의 이익을 표상하는 개념으로, 궁극적으로 개인의 자유와 권리에 대한 국가의 보장에서 출발하므로, 협소하게 개별적 인권 침해만 비교형량의 대상이 된다고 보기는 힘들다고 생각된다.

그럼에도 아동 최상의 이익의 원칙은 침해되는 이익에 대한 행정청의 구체적인 논증을 요구한다는 점은 분명하다. 즉, 단순한 출입국행정의 목표 달성만을 위해 아동의 이익을 침해하는 행정처분은 받아들일 수 없고, 특히 강제퇴거 등 아동의 이익에 현저히 반하는 출입국 행정행위에 대해서는 더욱 그러하다.<sup>35)</sup> 출입국정책은 경제적 이익 (노동이주, 관광정책 등), 문화적 이익 (결혼이주 등), 인도적 이익 (난민 등)이 결합되어 있는데, 아동 최상의 이익이 연관된 출입국처분에 대해서는 관련 정책이 공공복리 달성에 어떻게 기여하는지 구체적으로 논증해야 하며, 특히 해당 아동의 복리와 발달의 보장 역시 공익에 해당한다는 점을 적극적으로 고려하여 비교형량을 하여야 한다.<sup>36)</sup> 특히 아동권리위원회는 보호자와 분리된 아동을 본국으로 송환하는 처분에 대해서는 명확하게 체류국의 재량을 제한하고 있다. 부모 및 친척의 보호가 없는 경우에는 본국에서의 보호 및 후견에 대한 준비가 구체적으로 이루어진 이후에야 아동이 출국해야 하고, 출국은 항상 아동 최상의 이익과 다른 이익과의 비교형량을 통해 결정되어야 하며, 일반적인 출입국행정과 관련된 공익은 아동 최상의 이익보다 우선해서 고려할 수 없다는 것이다.<sup>37)</sup>

## 2 유엔난민기구 및 지역기구의 심사기준

유엔난민기구는 아동 최상의 이익 결정에 관한 지침(Guidelines on assessing and determining the best interests of the child)<sup>38)</sup> 두어 보호자 미동반 아동을 포함한 모든 아동은 자신의 최상의 이익을 결정할 절차에 접근할 수 있어야 하며, 난민 아동의 난민 관련 절차는 아동 최상의 이익 결정의 일부분이 됨을 강조하고 있다. 2008년에 발표된 이 지침은 2018년 개정되어 아동과

34) 위의 글, 182.

35) 아동권리위원회, (2005), 86항.

36) Collinson, 위의 글, 184.

37) 아동권리위원회 (2003), 84~85항.

38) UN High Commissioner for Refugees, Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, 2018.

관련된 유엔난민기구의 모든 정책 및 결정의 기반이 된다.<sup>39)</sup> 유엔난민기구의 지침에 명시된 6가지 목표는 다음과 같다.

아동(girls and boys)은 어디 거주하든, 어디서 배우든, 어디서 놀든 안전해야 한다.  
 아동의 참여와 역량은 아동의 보호의 핵심적 요소이다.  
 아동은 아동 친화적 절차에 접근할 수 있어야 한다.  
 모든 아동은 법적으로 등록되어 증명서를 발급받을 수 있어야 한다.  
 특별한 보호를 필요로 하는 아동은 적절한 지원을 받아야 한다.  
 아동은 아동 최상의 이익에 기반한 영구적 해결책을 구할 수 있어야 한다.

2004년 유럽연합 이사회에서 채택한 헤이그 프로그램은<sup>40)</sup> ‘공공질서 및 안보’를 위하여 이주민의 효율적인 퇴거 및 송환이 필요함을 강조함과 동시에 송환 대상자의 인권 및 존엄성을 존중한 인도적 방식의 송환의 필요성도 언급하였다. 2008년 제정된 유럽연합 송환 지침>Returns Directive) 서문에도 이러한 내용이 반영되었으며<sup>41)42)</sup> 각 회원국은 2010년 말까지 송환지침을 반영해 국내법을 제정하였다. 송환 지침은 시민사회로부터 ‘효율적인 퇴거 및 송환’에 방점이 찍힌 입법이라 비판받은 지침이나,<sup>43)</sup> 그럼에도 불구하고 송환지침의 이행 시 아동 최상의 이익이 우선적으로 고려되어야 한다고 서문에서 선언하며, 제5조에서도 아동 최상의 이익, 아동의 가족 생활, 건강상태를 충분히 고려하여야 할 의무를 당사국에게 부여하는 등 수차례 아동 최상의 이익의 원칙을 강조하고 있다.<sup>44)</sup>

유럽연합 집행위원회는 유럽연합 의회 및 정상회의에 대한 제안(Communication)을 통해 이주 및 난민 아동의 최상의 이익의 판단을 위해서는 추가적인 절차적 보호장치가 필요하다는 점을 언급하였고 특히 모든 아동의 장기적인 안정과 정상성 확보를 위해서는 영구적인 해결책 (durable solution)이 중요하다고 권고하였다. 집행위원회 제안에 따르면 유럽연합 회원국들은 개별 이주 아동 및 난민아동들에 대한 영구적인 해결책을 모색할 수 있도록 모든 관계기관들의 역할과 의무

39) 위의 글.

40) European Union Council, the Hague Programme: Strengthening Freedom, Security And Justice In the European Union, 2005 (2005/C 53/01).

41) European Return Directive, 2008 (2008/115/EC), Recital 2.

42) Diego Acosta, “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law”, European Journal of Migration and Law no.11, 2009, 23.

43) Steve Peers, “Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?”, European Journal of Migration and Law no.17, 2015, 290.

44) 서문, 제5조(강제송환 금지의 원칙, 아동 최상의 이익, 가족생활 및 건강 상태), 제10조(미동반 아동의 출국 및 강제송환), 제17조(미성년자 및 가족의 구금).

를 명확히 하는 절차를 마련해야 하며, 아동들이 모호한 법적 지위 하에서 장기간 방치되지 않도록 하여야 한다.<sup>45)</sup>

### 3 출입국 행정과 아동 최상의 이익의 원칙

앞에서 서술한 바와 같이 아동권리위원회의 권고에 따르면 아동 최상의 이익의 원칙은 (1) 실체적 권리이자, (2) 법률의 해석 기준이며, (3) 절차적 권리 및 기준으로 기능한다. 아동권리위원회는 ‘아동 최상의 이익’은 실체적 권리라고 설명하고 있지만, 실체적 권리로 어떻게 기능하는지 - 즉, 아동 최상의 이익의 원칙의 심사요소로 제시하고 있는 아동권리협약 상의 개별적 아동의 권리와 구별된, 별개의 권리로 기능할 수 있는지 - 에 대해서는 명확한 답을 주지 않고 있다. 이에 아동 최상의 이익이 독자적인 아동의 보호 청구권의 준거로 기능한다는 일부의 견해가 존재한다.<sup>46)</sup> 아동권리위원회가 제시하는 아동 최상의 이익의 실체적, 독립적인 권리의 측면도 이러한 독자적인 보호 청구권의 존재를 주장하는 방향성과 일치하는 것으로 보인다.

그러나 아동권리협약 제3조 제1항의 문언적 해석으로부터 독립적인 권리가 도출되기 힘들다고 보이며,<sup>47)</sup> 아동권리위원회의 견해에 따르더라도 아동 최상의 이익은 독자적인 권리로 기능할 때에도 아동권리협약 상의 다른 실체적, 절차적 권리들을 포함하는 포괄적 권리인데, 실무적인 관점에서 독립적인 권리임을 주장할 실익이 명확하지 않다고 보인다. 실제로 각국 국내법원 및 지역법원은 대체로 위에서 나열된 개별적 권리의 해석 기준과 절차적 권리의 보장의 근거로 아동 최상의 이익의 원칙을 원용하고 있다. 이를테면 아동의 권리 침해가 문제되는 송환 결정 등에 있어서 침해되는 권리인 가족생활에 대한 권리, 사생활에 대한 권리 등을 달성되는 공익과 비교형량함에 있어서 아동 최상의 이익의 원칙을 원용하는 것이다. 국내에서도 아동 최상의 이익의 원칙을 적용할 때 국제법적으로 적용례와 해석례가 구체화된 다른 권리의 해석 기준으로 사용되는 것이 적절하다고 생각된다. 즉 1차적으로는 아동권리위원회가 강조하는 것처럼 “단순한 출입국관리행정 상의 고려만으로 아동의 권리 침해가 정당화될 수 없으며 아동의 권리를 최우선적으로 고려해야 한다”

45) European Commission, Communication from the Commission to the European parliament and the Council: The protection of children in migration, 2017.

46) Jason M Pobjoy, The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection, ICLQ vol 74, 2015, 328.

47) Ursula Kikelly, The Best Interests of the Child: A Gateway to Children's Rights?, Elaine E Sutherland and Lesley-Anne Barnes Macfarlane (eds), Implementing Article 3 of the United Nation's Convention on the Rights of the Child, Cambridge University Press, 2016, 57.

는 개별 출입국처분에 대한 비례 형량의 기준점으로 작용하며, 2차적으로 출입국 행정 절차과정과 결정에서 반드시 보장되어야 하는 아동의 실체적 및 절차적 권리들의 총합체로서 실천적인 의미를 가진다고 보인다.

이 때 중요한 것은 원칙적이면서도 개별적인 접근방식이다. 즉, 아동이 직·간접적으로 연관된 모든 처분에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 하며, 추상적인 공익만을 이유로 아동의 권리가 제한되면 안 된다는 원칙을 분명히 하면서도 (특히 출입국행정에 있어서도 아동의 권리가 우선적으로 고려될 수 있도록, 법 및 세부 지침에 아동 최상의 이익에 대한 선언적인 규정이 포함되는 것이 바람직하다), 아동의 개별적 상황에 따라 아동에게 최선의 해결책이 다를 수 있다는 점을 인식하고, 아동이 처한 상황과 필요를 입체적으로 판단하고 이를 의사결정 과정에 반영하는 절차가 필요하다.

### III. 출입국행정에 대한 아동 최상의 이익의 원칙의 해외 적용례

#### 1 영국

영국의 국경, 국민 및 이민에 관한 법률(Borders, Citizenship and Immigration Act 2009, 이하 “영국 이민법”) 제55장(아동의 복지 관련 의무)은 이민, 난민 또는 국적 관련 업무 등을 하는 모든 국가 공무원 및 해당 부처에게 영국 내 모든 아동의 복지를 보호하고 증진할 의무를 부여하고 있다. 본래 영국의 아동법(Children Act 1989) 상의 아동 복지 보호 의무 규정은 이민행정을 예외로 하고 있었는데, 영국이 2008년 유엔아동권리협약에 대한 일반적인 이민 관련 유보를 철회하며, 협약 상의 아동의 최상의 이익의 원칙을 자국 이민법제에 반영한 것이다.<sup>48)</sup> 2009년에는 영국 이민법 개정에 따라 영국 국경국 및 아동학교가족부(Department for Children, Schools and Families, 현재 교육부, Department for Education) 공동의 명의로 국경국에 대한 아동 복지 보호 및 제고를 위한 지침이 발간되었다.<sup>49)</sup> 지침의 주요 내용은 다음과 같다.

- 출입국 관리 대상이라 하더라도 모든 아동은 동일하게 소중한 존재이다.
- 아동권리협약에 따른 아동 최상의 이익은 아동과 관련된 모든 결정에 있어 주요한 고려 대상이다.
- 아동 및 아동의 가족을 상대할 때, 인종, 언어, 종교, 성별 및 장애 등을 고려하여야 한다.
- 아동과 관련된 결정을 할 때, 가능한 경우에는 아동의 의사를 묻고, 아동의 의사와 요구를 고려하여야 한다. 다만, 언제나 아동이 동의하는 결정을 내릴 수는 없다는 사실을 염두에 두어야 한다.
- 아동의 불확실성의 상태를 신속히 해소할 수 있도록 신청을 신속히 처리한다.

48) *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4 등.

49) UK Border Agency and Department for Children, Schools and Families, *Every Child Matters: Change for Children*, 2009.

영국 국경국의 개별 지침에서도 아동의 최상의 이익의 원칙에 입각한 심사/고려요소를 제시하는 경우들이 발견된다. 특히 난민신청 아동의 송환과 관련되어, 국경국 지침은 아동의 최상의 이익을 신중하게 검토하여 송환으로 달성되는 공익과 비교하여야 하며, 관련 검토내용과 결과가 사건기록에 상세하게 포함되어야 한다고 강조하고 있다.<sup>50)</sup> 지침은 또한 이 때 고려하여야 할 요소들을 다음과 같이 예시적으로 제시하고 있다.<sup>51)</sup>

신체적, 정신적 건강 및 의료적 필요, 교육 정도, 정신, 행동 발달 정도, 가족관계 및 사회관계, 아동의 자기 보호/관리 능력, 아동 자신의 견해, 아동의 연령 및 성숙 정도, 정신적 상해 경험, 인도적 고려사항, 국적국 미체류 기간 및 영국 사회와의 통합 정도, 영국 교육을 안정적으로 이수하고 있는지 여부 및 송환 결정으로 인한 교육 환경의 방해 정도, 아동의 양육의 연속성 확보의 필요성, 아동의 인종적, 종교적, 문화적, 언어적 배경의 연속성 확보의 필요성, 아동의 국적, 이름 및 가족관계를 유지할 보장받을 권리, 양육 환경의 가용 여부, 생활환경의 안전 및 안정성 정도, 사회경제적 환경 등, 송환국에서의 교육, 노동 또는 훈련 기회의 가용 여부

영국 법원은 대체로 개별 사건에서 아동 최상의 이익 판단에 대한 종합적인 접근방식이 필요하다는 입장을 취하고 있다.<sup>52)</sup> 이를테면 영국 상급행정재판소(Upper Tribunal)는 아동 최상의 이익의 원칙 판단을 위해서는 의사결정자가 아동의 상황에 대해 충분히 인지하고 있어야 하며, 모든 관련 정보를 신중히 검토하여야 한다는 기준을 제시한 바 있다.<sup>53)</sup> 영국 대법원은 아동 최상의 이익의 원칙이 유일한 주요한 고려사항은 아니며 다른 고려사항의 총합과 형량하여 후자의 가치를 더 높게 판단할 수는 있지만, 다른 어떠한 사항도 아동 최상의 이익보다 더 본질적으로 우선할 수 없다고 판시하였다.<sup>54)</sup> 이 판결에서 영국 대법원은 특히 아동 송환 결정 시 아동 최상의 이익 심사를 위한 요소를 아래와 같이 제시하였다.<sup>55)</sup>

50) UK Home Office, Children's Asylum Claims, 2020, 66.

51) 위의 글, 67.

52) Mary Bosworth and Jonathan Herring, 'Best Interests of the Child' Assessment in Immigration Detention Proceedings, University of Oxford, 2020, 16.

53) *JO and Others (section 55 duty) Nigeria v. Secretary of State for the Home Department* [2014] UKUT 00517.

54) *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 4.

55) 위의 판결.

다른 국가에서 아동이 생활할 것을 기대하는 것이 합리적인지  
 영국에서 아동의 통합 정도는 어떠한지  
 아동이 부모의 국가에서 벗어난 기간이 어느 정도인지  
 아동이 송환될 경우, 어디서, 누구와 생활하여야 하는지  
 송환된 국가에서 아동의 양육환경은 어떠한지  
 아동이 영국에서 출국하거나 영국에서 거주할 때 단절되는 부모 또는 가족과의 관계의 친밀감이 어느 정도인지

## 2 스웨덴

스웨덴은 아동권리협약의 당사국으로서, 아동 최상의 이익의 원칙 및 의견청문권 등 아동권리 협약 상의 국가의 의무가 모든 행정단계에서 명확하게 이행되도록 2020년 국내 이행법을 별도 법으로 제정하였다. 이 법이 이민행정에 있어서 어떠한 영향을 가진 규범으로 작용할지에 대해 아직 구체적인 해석례는 존재하지 않는 것으로 보인다. 스웨덴의 이민법 [Aliens Act (2005:716)]은 이민행정 집행과 관련되어 아동의 최상의 이익 고려의 필요성을 명문화하고 있다.

제10조 아동과 관련된 사건에서는, 아동의 건강, 발달 및 일반적인 아동 최상의 이익과 관련된 필요사항에 대해 특별한 주의가 필요하다.

이민법 제10조의 ‘특별한 주의’라는 문언은 아동권리협약 상의 ‘우선적 고려’보다 경한 표현으로, 일반적인 고려사항과 ‘우선적 고려’ 사이 정도의 비중을 의미하는 것으로 해석된다.<sup>56)</sup> 스웨덴 이민국이 주로 난민신청을 불허하며 이를 정당화하기 위해 아동 최상의 이익의 원칙을 원용한다는 - 즉, 난민신청을 불허해도 아동 최상의 이익에 반하지 않는다는 취지로 이유를 제시한다는 - 비판도 존재한다.<sup>57)</sup> 이에 따르면 건강상태, 스웨덴 내의 정착 정도, 본국의 상황 등을 고려하여 보충적 보호를 위한 체류자격이 부여될 수 있는데, 특히 아동의 건강상태를 이유로 하여 보충적 보호 체류자격을 부여하며 아동 최상의 이익의 원칙이 원용된 사례 외에는 아동 최상의 이익이 적극적으로 해석되지 않는 이민행정 관행이 존재한다는 것이다.<sup>58)</sup>

56) Mary Bosworth and Jonathan Herring (2020), 70.

57) Anna Lundberg, The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases: The Marginalization of children's rights, Journal of Human Rights Practice, Volume 3, Issue 1, March 2011, 15.

58) 위의 글, 11.

스웨덴 이민국은 아동권리협약과 이민법에 따른 아동 최상의 이익에 따른 난민신청자 아동의 권리를 다음과 같이 제시하고 있다.<sup>59)</sup>

모든 난민신청자 아동은 자신의 의견을 말하고 청취될 권리가 있다.  
모든 난민신청자 아동은 스웨덴에 거주하는 다른 아동과 동일하게 교육을 받을 권리가 있다.  
모든 난민신청자 아동은 스웨덴에 거주하는 다른 아동과 동일하게 건강보험에 대한 권리가 있다.  
모든 난민신청자 아동은 가족과 재결합할 권리가 있다.

### 3 핀란드

핀란드 역시 이민법에 아동 최상의 이익에 대한 조항을 두고 있다.<sup>60)</sup> 핀란드 이민법은 체류자격 부여를 결정할 때 생계유지 능력을 고려하도록 하고 있는데, 이러한 고려가 아동 최상의 이익에 반하는 경우에는 예외적으로 고려하지 않아도 된다.<sup>61)</sup> 또한 입국거부, 강제퇴거 및 입국금지 처분을 내릴 때는 아동 최상의 이익과 가족생활의 보호에 특별한 주의를 기울여야 한다.<sup>62)</sup> 이민법의 입법취지를 고려하였을 때 핀란드 이민법 상의 아동 최상의 이익에 대한 일반조항은 아동권리협약 제3조의 국내이행 조항으로 해석하여야 한다는 것이 주류적 견해이다.<sup>63)</sup>

핀란드 최고행정법원은 이민법과 관련된 결정 중 1/3에 가까운 결정에서 아동권리협약을 언급하는 등 아동 최상의 이익을 적극적으로 판단하고 판단요소를 제시하고 있는데, 법원이 제시하는 아동 최상의 이익 고려 심사 요소들은 다음과 같다.<sup>64)</sup>

처분이 아동을 안전하고 익숙한 환경에서 분리시키는지, 부모와 함께 거주한 기간, 분리의 이유 및 아동과 부모 간의 관계, 아동 또는 부모의 건강, 아동이 송환될 국가 또는 현재 거주하고 있는 국가의 환경이 아동의 안전, 건강 또는 발달을 저해하는지 등

59) <https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Protection-and-asylum-in-Sweden/Applying-for-asylum/Children-in-the-asylum-process.html>

60) The Aliens Act Section 6(1).

61) The Aliens Act Section 39(1).

62) The Aliens Act Section 146.

63) Hannele Tolonen 외 2인, “Best Interests of the Child in Finnish Legislation and Doctrine: What Has Changed and What Remains the Same?”, Trude Haugli 외 4인 (eds), *Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries*, 2020, 177. 스웨덴과 유사한 문언의 조항임에도 불구하고 입법취지에 따라 다른 해석이 도출되었다.

64) 위의 글, 178~179.

핀란드 최고행정법원은 핀란드 아동복지법에 따라 아동의 거취는 아동을 보호하고 있는 기관의 판단을 우선시하여야 한다는 이유로 부모 미동반 아동의 강제송환 결정을 취소하였다.<sup>65)</sup> 핀란드 아동복지법은 국적을 불문하고 핀란드 내 모든 아동을 대상으로 하고 있다는 사실을 확인한 판결이다.<sup>66)</sup>

#### 4 캐나다

캐나다 이민법은 모든 난민신청자 아동에 대한 대리인 선임을 의무화하고 있다.<sup>67)</sup> 이민난민위원회(Immigration and Refugee Board of Canada) 산하 협약난민심사부서 (Convention Refugee Determination Division) 내부지침은 난민신청절차를 아동 최상의 이익에 따라 진행할 것을 명시적으로 제시하고 있다.<sup>68)</sup> 지침은 또한 아동의 진술 청취를 위해 아동이 편안한 분위기에서 진술할 수 있도록 보장하고, 불편해하는 아동을 위한 사전 녹화도 보장할 것을 정하고 있다. 난민신청 아동의 증거 평가에 대해서도, 상황에 따라 아동의 이익의 관점에서 아동의 주관적 두려움과 함께 객관적 정황 역시 적절히 고려해야 함을 명시하고 있다. 즉, 아동의 발달단계, 심리상태 등에 따라 아동이 박해의 두려움이 직접 언급하지 않더라도, 심사당국이 객관적 정황에 따라 박해 가능성을 고려 및 인정해야 한다는 것이다. 아동의 이민법정 심리 참여는 아동의 이익에 대한 고려에 따라 배제될 수 있다.<sup>69)</sup>

캐나다 이민 및 난민보호법(Immigration and Refugee Protection Act)은 “인도적 및 온정적 고려”(Humanitarian and Compassionate Considerations)에 따른 영주권 부여를 인정하고 있다.<sup>70)</sup>

65) Finland Supreme Administrative Court, KHO:2017:172, 10 November 2017. Mary Bosworth and Jonathan Herring, 27에서 재인용.

66) Child Welfare Act 417/2007 (Lastensuojelulaki) Section 4(2).

67) Immigration Act, Section 69(4).

68) Immigration and Refugee Board of Canada, Chairperson Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues.

69) Immigration and Refugee Board of Canada, Practice notice: Presence of children at Refugee Protection Division hearings.

70) The Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27) 25(1).

## 이민 및 난민보호법 제25조 제1항

영주권 신청이 불허된 경우, 체류자격의 부여 요건에 부합하지 않는 경우, 또 캐나다 밖에서 영주비자를 신청한 경우, 해당 체류자격 신청에 직접적으로 연관된 아동 최상의 이익을 참작하여, 인도적인 고려가 필요하다고 판단된다면, 해당 외국인의 상황을 점검해 영주권을 발급하거나 영주권 발급 요건 중 일부를 면제할 수 있다.

이에 따라 영주권 부여 대상이 아닌 자에 대해서도 인도적 및 온정적 고려 사항이 존재한다면 특별히 처분청의 재량으로 영주권 부여가 가능하고, 이 때 직접적으로 영향을 받는 아동의 최상의 이익을 고려하여야 한다. 인도적이고 특별한 배려를 위한 신청을 한 자에 대해 처분청의 재량에 따라 강제송환 명령의 집행이 정지될 수도 있다.<sup>71)</sup> 행정청의 내부 지침은 위의 ‘인도적 및 온정적 고려’를 “이례적이고 자신의 책임으로부터 기인하지 않거나(undeserved), 과도한” 고난을 겪는 경우라고 해석하고 있다. 캐나다 대법원은 2015년, 신청자의 연령, 정신건강 및 차별적 대우가 각 개별적으로 ‘고난’에 해당하는지 심사한 행정청의 처분에 대해 신청자의 상황과 고난은 총체적으로 심사해야 한다고 판시하며, 특히 아동이 겪는 어려움은 어떠한 경우에도 자신의 책임으로부터 기인하지 않았다는 점을 충분히 고려하지 않았다는 이유로 아동 최상의 이익의 원칙에 따른 결정이 이루어지지 않았다고 판단하였다.<sup>72)</sup>

71) The Immigration and Refugee Protection Regulations (SOR/2002-227) Art. 233.

72) *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* [2015] 3 S.C.R. 909.

## IV. 아동 최상의 이익의 원칙의 국내 적용례

### 1 국내 법령 개관

‘아동의 최상의 이익의 원칙’이 법문에서 명시적으로 표시된 대표적인 법률로는 ‘아동복지법’, ‘장애아동복지지원법’, ‘아동학대처벌법’, ‘입양특례법’, 그리고 ‘헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률’ 등이 있다. 위 법률은 아동의 복지, 학대예방 및 가해자의 처벌, 입양절차 등에서 아동의 최상의 이익을 보장하기 위하여 제정된 것으로, 주로 제정의 취지를 나타내는 기본 이념 및 국가 등 의무 주체의 책임을 규정하면서 ‘아동의 이익을 최우선적으로 고려’ 하거나 ‘아동의 복리를 최우선적으로 고려’ 하여야 한다는 표현을 사용한다. 가령 아동복지법은 기본이념으로 “아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다”고 선언적으로 규정하며 (제2조 제3항), 아동의 복지 및 학대 예방 등을 위한 국가, 지방자치단체 등의 의무를 정하고 있다. ‘아동복지법’의 전신인 ‘아동복리법’도 입법목적을 ‘아동이 그 보호자로부터 유실, 유기 또는 이탈되었을 경우(...) 아동이 건전하고 행복하게 육성되도록 그 복리를 보장’하는 것이고, 아동의 일차적 보호의무자로서 부 또는 모가 그 의무를 다하지 못한 경우에 대하여 국가의 보호의무를 정하고 있어, 아동의 복리 보장을 위한 국가의 의무를 규정한 입법이였다. ‘입양특례법’ 역시, 아동권리협약 제21조에서 정한 입양제도의 운영 시 당사국이 ‘아동 최상의 이익’을 고려하도록 보장하는 취지 하에 제정 및 시행되고 있으며, 이하에서 보는 바와 같이 법 제4조에서 이를 명문화하고 있다. 한편 민법에서는 자(子)에 관한 절차나 책임, 의무에 관하여 규정하면서 ‘자의 복리를 위하여’라는 표현을 주로 사용한다. 이 경우 ‘아동의 최선의 이익’이 판단요소 중 하나로 고려됨을 알 수 있으나 절대적 기준이 되지 아니하며 아동권리협약상 ‘아동 최선의 이익’이 입법자의 의도에 부합하는 것인지 명확하지 않다.

각 법률 가운데 ‘아동의 최선의 이익’에 관한 규정을 일별하면 다음과 같다.

**[아동복지법]**

제2조(기본이념)③아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

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

제29조(피해아동 및 그 가족 등에 대한 지원) ④ 보장원의 장 또는 아동보호전문기관의 장은 제1항의 지원 여부의 결정 및 지원의 제공 등 모든 과정에서 피해아동의 이익을 최우선으로 고려하여야 한다.

**[장애아동복지지원법]**

제3조(기본이념) ① 장애아동을 위한 모든 활동에 있어서 장애아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

**[아동학대처벌법]**

제12조(피해아동 등에 대한 응급조치) ① 제11조 제1항에 따라 현장에 출동하거나 아동학대범죄 현장을 발견한 경우 또는 학대현장 이외의 장소에서 학대 피해가 확인되고 재학대의 위험이 급박·현저한 경우, 사법경찰관리 또는 아동학대전담공무원은 피해아동, 피해아동의 형제자매인 아동 및 피해아동과 동거하는 아동(이하 “피해아동등”이라 한다)의 보호를 위하여 즉시 다음 각 호의 조치(이하 “응급조치”라 한다)를 하여야 한다. 이 경우 제3호의 조치를 하는 때에는 피해아동등의 이익을 최우선으로 고려하여야 하며, 피해아동등을 보호하여야 할 필요가 있는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 피해아동등의 의사를 존중하여야 한다.

3. 피해아동등을 아동학대 관련 보호시설로 인도

제23조(임시로 후견인의 임무를 수행할 사람) ① 판사는 제19조 제1항 제4호의 임시조치로 인하여 피해아동등에게 친권을 행사하거나 후견인의 임무를 수행할 사람이 없는 경우 그 임시조치의 기간 동안 시·도지사 또는 시장·군수·구청장, 아동권리보장원의 장, 아동보호전문기관의 장 및 가정위탁지원센터의 장으로 하여금 임시로 후견인의 임무를 수행하게 하거나 그 임무를 수행할 사람을 선임하여야 한다.

② 제1항의 경우 판사는 피해아동등의 이익을 최우선으로 고려하고 그 의견을 존중하여야 하며, 피해아동등, 변호사, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장, 아동권리보장원의 장, 아동보호전문기관의 장 및 가정위탁지원센터의 장 등 피해아동등을 보호하고 있는 사람은 그 선임에 관하여 의견을 제시할 수 있다.

**[아동학대처벌법 시행령]**

제2조(피해아동 보호의 원칙) 검사, 사법경찰관리, 보호관찰관, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다), 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다), 「아동복지법」 제22조 제4항에 따른 아동학대전담공무원(이하 “아동학대전담공무원”이라 한다), 같은 법 제45조에 따른 아동보호전문기관(이하 “아동보호전문기관”이라 한다)의 장과 그 직원 등은 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 “법”이라 한다)에 따른 처분 또는 청구 등을 할 경우에는 피해아동, 피해아동의 형제자매인 아동 및 피해아동과 동거하는 아동(이하 “피해아동등”이라 한다)의 안전과 보호 및 이익을 최우선으로 고려해야 한다.

**[입양특례법]**

제4조(입양의 원칙) 이 법에 따른 입양은 아동의 이익이 최우선이 되도록 하여야 한다.

[헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률]

제3조(국가기관 등의 신속한 처리 의무) 이 법에 따라 아동반환 절차 등에 관여하는 국가기관 등은 아동의 복리를 최우선으로 고려하여 협약과 이 법에 따른 아동반환 및 면접교섭권에 관한 사건을 신속하게 처리하여야 한다.

## 2 법원 판결

### 가. 조사 방법

2010년 11월 26일부터 2020년 11월 25일까지 10년의 기간 동안 ‘아동 최상의 이익’을 판결 이유 중 명시적으로 언급한 판결을 전수 조사하여 ‘아동 최상의 이익’을 원용한 맥락을 분석하였다. 전수 조사는 법원 판결문 검색서비스에서<sup>73)</sup> ‘아동의 이익, 아동 최상의 이익, 아동 최선의 이익, 아동의 권익’을 검색어로 하여 확인된 판결문을 모두 다운로드 받아 분석하는 방식으로 진행되었다.

### 나. 형사 소송 판결

#### (1) 아동학대 및 형사사건에서 범죄행위의 성립 여부 판단 기준 또는 근거로 원용된 경우

‘아동 최상의 이익’이 언급된 판례의 가장 많은 수는 성폭력특별법 위반, 아동학대처벌법 위반, 아동복지법 위반(아동학대)으로 기소된 사안과 관련한 판결이다. 이러한 결정 시 법원은 해당 사실관계가 신체적·정서적·성적 학대행위에 해당하여 구성요건이 성립하는지 여부를 판단함에 있어 그 기준으로 아동복지법, 영유아보육법상의 ‘아동 최상의 이익’ 원칙을 규정한 조항을 원용하는 방식으로 아동 최상의 이익을 사안에 적용하였다.

한편, 어떠한 결론이 ‘아동 최상의 이익’에 부합하는지, 무엇이 ‘아동 최상의 이익’에 해당하는지를 구체적으로 실시한 사례는 거의 없었다. 예외적으로 ‘아동 최상의 이익’이 구체적인 판단 기준으로 작용한 경우는 총 2건으로 주요 내용은 다음과 같다.

73) 대한민국 법원 대국민서비스 ‘판결서 인터넷 열람’ 웹 사이트:

[https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse\\_status.jsp](https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse_status.jsp)

서울고등법원 2014. 5. 13. 선고 2013노3788 판결

피고인이 양육 중인 8세 아동을 지속적, 반복적으로 학대하다가 결국 학대치사한 사안에서, 법원은 판단이 유에서 아동의 권리주체성에 대한 규범적 측면이 헌법 제10조, 제34조 제4항, 유엔 아동권리협약의 일반 원칙, 제2조 등을 토대로 갖춰져 있음에도 아동권리의 실천적 측면이 여전히 이에 미치지 못하고 있음을 지적하였다.<sup>74)</sup>

또한 아동학대범죄에서의 보호법익이 개인적 보호법익 뿐만 아니라 아동권리라고 하는 독자적 보호법익도 포함하고 있어, 아동학대범죄는 아동에 대한 개인적 법익침해 뿐만 아니라 아동권리에 고유한 법익침해로서의 악성과 보호의무자가 책무를 망각하고 가해행위로 나아간 배신성과 사회적 위험성을 겸한 것으로 죄질 측면에서 중하게 보아야 한다고 보고, 법원의 양형 관행도 재검토되어야 한다고 판시하였다.

광주지법 순천지원 2019. 2. 21. 2018고합191 판결

10세 아동의 머리를 가격하여 출혈케 한 범죄사실로 기소된 피고인 A에 대하여 형법상 상해죄 위반을 이유로 벌금 200만 원에 처한 판결은 ‘아동의 이익을 최우선적으로 고려하여 불가피한 경우에만 신체적 고통을 가하는 체벌을 가하는 것이 아동복지법 등 현행 법률의 취지 및 사회윤리적 감정에 부합한다고 보인’다고 판시하여, 결론적으로는 위 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 보았으나 체벌로 인한 아동의 권리 침해가 ‘아동 최선의 이익’을 고려함에도 불구하고 정당화된다는 입장을 보였다.

## (2) ‘아동 최상의 이익’이 일반적인 판단 기준으로 실시된 경우

아동복지법, 영유아보육법 등 ‘아동 최상의 이익’을 목적 조항으로 두고 있는 법률을 원용하면서 아동 최상의 이익을 일반적인 판단 기준으로 실시한 사례는 서울서부지법 2019. 10. 31. 선고 2019고합26 판결 외 34건이 있었다. 아동 최상의 이익이 형사 판결에서 양형 판단의 불리한 근거로 원용된 경우는 6건, 유리한 근거로 사용된 경우는 5건이 있었다. 유리한 근거로 사용된 경우 특기할 만한 판례로는 피고인이 아동인권 침해와 무관한 죄명으로 재판을 받으면서 재판 중 출산한 사정, 구치소에서 생후 2개월 아동과 함께 생활하고 있는 사정, 미혼으로 혼자 아동을 보호, 양육하여야 하는 상황 등을 아동권리협약 제3조 제1항, 제9조 제1항 등에 비추어 집행유예 판결을 선고한 사례(서울고법 2015. 9. 18. 선고 2015노1430 판결) 등이 있다.

아동 최상의 이익이 과실범의 주의의무 위반의 판단 기준으로 사용된 경우는 총 2건으로, 이는 어린이집 내 업무상과실치상으로 기소된 보육교사의 주의의무, 어린이집을 운영하는 사회복지시설의 양벌조항 적용 시 피용자에 대한 감독 및 주의의무 판단 요소로 작용하였다. ‘아동 최선의 이

74) “(전략) 규범의 영역에서는 이제 우리나라도 아동관련 법제를 통하여 아동권리의 구체적인 실체를 인정하게 됨으로써 아동을 단순히 수동적인 보호의 대상으로 보는 소극적 시각을 벗어나 아동을 아동권리의 차원에서는 하나의 능동적인 권리주체로 인정하기에 이른 것이다(…)그렇지만 아동권리의 실천적 측면에서의 현실은 아직 이에 미치지 못한 채 여전히 아동을 자신의 전유물이나 보호의 대상 수준에서 머물고 있는 사례도 심심치 않게 자주 나타나고 있다(판결 이유 중)”

익'이 조문의 해석 근거로 쓰인 판결에서는 아동복지법상 금지되는 '성적 학대행위', '정서적 학대 행위' 등의 해석에 있어 아동복지법의 목적 조항을 원용하는 방식으로 이루어졌다(2017. 6. 15. 선고 대법원 2017도3448 판결, 2020. 3. 12. 선고 대법원 2017도5769 판결 등). '아동 최상의 이익'이 처분의 위법성 판단 근거로 사용된 사례는 8건으로, 대부분 직원에 의하여 발생한 아동학대 사건으로 인하여 운영 정지 또는 폐쇄 처분이 내려진 어린이집 등 사회복지시설이 처분에 대한 취소소송을 제기한 데 대한 판결이었다.

#### 다. 행정 소송 판결

출입국 행정처분의 취소 또는 무효확인을 다투는 과정에서 처분의 재량범위 일탈 여부를 판단함에 있어 그 근거로 아동 최상의 이익을 원용한 판결이 1건 있었다.

대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결

미성년자인 원고가 한국에 2014년 입국하여 국내에 체류하던 중 보이스피싱 범죄에 가담하여 23만 원의 수익을 낸 후 검찰에 의해 기소되어 벌금형 1,000만 원이 선고된 후, 피고 출입국사무소에 의하여 강제퇴거 명령이 내려진 사안에서, 아동권리협약 제3조 제1항, 제9조 제1항 등 부모와 아동의 분리가 아동 최상의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우 외에는 아동이 그 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 않도록 보장해야 함을 규정하고 있음을 언급하고, 피고가 광범위한 정책 재량을 행사함에 있어서 아동을 그의 의사에 반하여 부모와 분리하는 것이 아동 최상의 이익을 위하여 필요한 결정인지, 혹은 해당 처분만이 협약 당사국인 한국이 할 수 있는 유일한 조치인지를 반문해야 한다고 실시하면서, 아동에 대한 강제퇴거명령이 재량권의 일탈 남용에 해당한다고 판결하였다.<sup>75)</sup>

#### 라. 민사 소송 판결

서울북부지법 2020. 1. 21. 선고 2018가단103997 판결: 미성년후견인의 비용상환청구권

소외 망인 사망 후 망인의 미성년 자녀인 피고의 미성년후견인으로 지정된 원고가 망인으로 부터 피고와 공동상속한 아파트를 매도하였다. 그 대금 중 피고 상속분에 해당하는 금액으로부터 자신이 지출하였다고 주장하는 후견비용을 공제한 나머지 금액을 지급하려 하였으나 피고와 합의에 이르지 못하였다. 이에 후견비용을 공제하지 않은 금액을 피고에게 지급한 후 후견비용 상환을 청구한 사안에서, 피고가 상환해야 할 액수에 대한 판단에 있어서 피후견인의 이익을 최대한 반영하여야 하며, 아동권리협약 제3조 제1호를 근거로 미성년후견인에게 피후견인에 대한 비용상환청구권을 제한 없이 허용할 경우 후견인에 대한 채무를 부담하게 되는 결과가 되어 민법 및 아동권리협약의 취지에 반한다고 판시하였다.

75) 해당 판결의 원심판결(대전지방법원 2016. 8. 27. 선고 2015구합2392 판결)은 아동권리협약 제3조 제1항, 제9조 제1항, 제10조 제2항 규정의 취지가 어떠한 경우에도 행정당국이 아동이 부모로부터 분리되지 않도록 해야 한다는 취지는 아니고, 제10조 제2항도 협약상 권리가 국가안보, 공공질서에 의해 제한될 수 있음을 예정하고 있다고 하여 원고 청구를 기각하였다.

창원지방법원 2014. 6. 12. 선고 2012가합3012 판결

친권자 및 양육권자인 원고의 아동학대로 신고된 해당 아동이 장기보호시설에 보호조치된 후 친모에게 임의로 가서 친모가 양육한 것에 대하여 피고 창원시가 아동을 방조하였음을 이유로 손해배상을 청구한 것에 대하여, 아동복지법 제3조 제3항을 원용하여 피고 창원시가 피해 아동의 복귀 조치를 하지 않은 것이 위법하지 않다고 판시하였다.

### 3 국가인권위원회 결정례

2016년부터 2019년까지 기간 동안 국가인권위원회의 주요 결정 사례 가운데 결정사항에서 ‘아동 최상의 이익’을 직접 언급한 사례는 2건이었다. 그 밖에 판단의 핵심적인 근거조항으로 제시한 건 2건이 더 확인되었다.

그 중 특히 이주아동의 체류권과 관련한 결정례의 내용이 주목할 만하다. 국가인권위원회는 장기체류 미등록 이주아동의 체류자격 부여제도 부존재로 인한 인권침해 사안에 대하여 ‘피진정인에게 피해자들과 같은 장기체류 미등록 이주아동에 대한 무조건적인 강제퇴거를 중단하되 이들이 국내에 지속적인 체류를 원할 시 직접 체류자격을 신청할 수 있도록 하고 아동 최상의 이익을 고려한 구체적이고 공개적인 심사기준에 따라 적절한 체류자격을 부여할 수 있는 제도를 마련할 것을 권고한다’, ‘피진정인에게 해당 제도 마련 이전이라도 피해자들의 인권이 침해되지 않도록 아동 최상의 이익을 고려하여 현행 법·제도 하에서 가용한 모든 절차를 활용하여 체류자격 부여 여부를 적극적으로 심사하되 이 과정에서 피해자들의 강제퇴거에 대한 두려움을 최소화할 수 있는 조치를 취할 것을 권고한다’는 결정을 내렸다(19진정0703100 결정).

위 사안에서 국가인권위원회는 피진정기관인 출입국외국인청에 대해 「출입국관리법」 제46조 제1항에서 규정한 강제퇴거 대상자에게 강제퇴거를 명할지 여부에 관하여 재량권을 행사할 권한이 있으나, 피해자들이 고등학교를 졸업하여 유예사유가 소멸되고 강제퇴거 대상이 되는 본 사건의 경우 피진정기관이 달성하고자 하는 공익보다 피해자들이 입게 될 불이익이 더 클 것으로 예견되므로, 이러한 재량권의 행사는 헌법 제10조에서 보장하는 피해자들의 인간의 존엄성 및 행복추구권을 침해한 것으로 판단하였다.

#### 4 소결

‘아동 최상의 이익’ 원칙 및 이를 명문화한 개별법상의 목적 조항이 다른 조문의 해석 근거로 인용되거나, 특정 법개념의 해석에서 아동 최상의 이익을 고려하는 경우는 다수 발견되었다. 그러나 국내 사법 절차에서 ‘아동 최상의 이익’이 그 자체로 별개의 실체적 권리로 다루어지는 경우는 거의 없었다.

출입국의 행정처분에 관한 재판에서 아동 최상의 이익의 원칙이 비례성 심사에서 구체적으로 원용되며, 당사자인 원고의 이익 침해 여부에 관한 구체적이고 개별적인 심사가 이루어진 점은 특기할 만하다 (대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결). 전술한 바와 같이, 재판부는 아동의 가족결합권과 강제퇴거로 달성되는 공익을 비교형량하며, 전자의 권리가 아동 최상의 이익에 부합하는 경우에만 제한될 수 있다는 점을 주요하게 고려하였다. 이는 출입국 행정 실무 단계에서만 아니라 아동에 대한 출입국 처분에 대한 사법 심사 과정에서도 아동 최상의 이익이 직접적으로 고려되지 않는 관행과 대치되는 결정이어서, 주목할 필요가 있다.

## V. 출입국행정에서의 아동 최상의 이익 판단 및 문제점

### 1 출입국사범 단속

#### 가. 출입국관리법상 단속 개관

##### (1) 개관

출입국관리공무원에 의한 ‘단속’이란 미등록 체류외국인의 강제퇴거라는 행정목적 실현하기 위한 일련의 과정 중, 좁게는 미등록 체류외국인을 ‘찾아내는’ 행위와 외국인의 체류자격을 ‘확인하는’ 행위, 넓게는 확인하는 절차에 불응하는 외국인에 대해 강제력을 행사하여 ‘신병 확보’ 및 조사 결과 출입국사범이 밝혀진 외국인에 대한 ‘보호’까지 포함하는 절차로 볼 수 있다.

과거 출입국관리법에는 단속의 의의나 절차에 대한 명시적인 규정이 없어 출입국관리공무원의 권한이 명확하지 않으며, 이로 인하여 적법절차의 원칙이 지켜지지 못한다는 비판이 지속적으로 제기되어 왔다.<sup>76)</sup> 실무적으로는 ‘동향조사’를 실시하여 체류자격 확인절차에 불응하는 외국인을 ‘긴급보호’하는 일련의 과정을 ‘단속’으로 보고, 동향조사(법 제81조)와 보호(법 제51조)의 규정을 법적 근거로 보고 있었다. 법무부도 “출입국관리공무원은 거동이나 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 이 법을 위반하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에게 정지를 요청하고 질문할 수 있다”는 법 제81조 제3항에 단속의 명시적 근거가 있다는 입장이었다.<sup>77)</sup> 이에 대해 출입국관리법 제81조의 제명인 ‘외국인 동향조사(動向調査)’는 비권력적 사실행위로서 상대방의 임의적 협력을 구하는 행정행위로 보는 것이 문언 상 타당한 해석인 점, 제81조 위반에 대한 벌칙은 제100조 제2항 제3호 상의 100만 원 이하의 과태료 부과에 그치는 점 등을 종합해 보면, 외국인 동향조사의 입법취지는 외국인정책을 마련하기 위해 예방적인 차원에서 체류상황 등 동향을 파악하

76) 평균적으로 매년 1명의 미등록 이주민이 단속 과정에서 사고로 사망하고 있는데, 2018년 미얀마 출신 이주노동자의 추락사는 출입국 단속 관행에 대한 많은 비판을 불러왔다.

77) 법무부, 출입국관리와 인권: 불법체류 외국인 단속·보호를 중심으로, 법무부 인권교재 시리즈 5, 2009, 35.

기 위한 것으로 보는 것이 타당하며, 이는 출입국사범을 찾아내어 강제퇴거 시키기 위해 법 제47조 내지 제50조에 따라 체류자격 위반 여부를 파악하는 위반조사와는 목적이 다르게 보아야 한다는 비판 역시 존재했다.

한편 2020년 2월 개정된 출입국관리법은 제81조의 “적법하게 체류하고 있는지” 여부에 대한 조사 범위를 “강제퇴거 사유에 해당되는지” 여부에 대한 조사 범위로 확대하였다. 개정 취지는 외국인 동향조사를 단속의 명시적 근거로 삼고자 하는 것으로 보인다.<sup>78)</sup> 그러나 애초에 영장주의의 예외로 설정된 외국인 단속 절차는 우리 헌법 및 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 “자유권규약”) 등에서 보장된 기본권인 신체의 자유를 제약한다는 점, 경찰관직무집행법 상의 ‘불심검문’의 경우에도 경찰관의 강제력 행사는 엄격히 금지된 점 등을 고려하면 제81조 제3항에 터 잡아 수사와 유사한 방식의 행정조사 관행을 정당화할 수 있을지는 의문이다.

출입국관리법 제51조 상의 긴급보호 역시 단속의 법적 근거로 삼기는 힘들다. 지방출입국외국인관서의 장으로부터 사전에 보호명령서를 발급받아 보호하는 일반적인 보호 조항(법 제51조 제1항)의 예외 조항이며, 따라서 강제퇴거 심사를 위한 보호는 원칙적으로 사전 보호명령서에 의해 보호해야 하고, 긴급보호는 보호명령서를 발급받을 여유가 없는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다고 보는 것이 타당하기 때문이다. 나아가, 긴급보호명령서의 발부에 의한 긴급보호가 단속 및 연행의 권한까지 포함하는 것이라고 해석하는 것은 국가와 그 집행 공무원에게 지나치게 포괄적이고 일방적인 재량권 행사를 가능하게 할 뿐만 아니라, 외국인에 대한 차별적 법적용을 조장할 가능성이 크다는 점, 보호(법 제2조 제11호)는 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 심사하기 위해 외국인 보호실, 외국인 보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동이기 때문에 사업장에서 이뤄지는 단속의 근거가 될 수 없다는 점 등도 고려할 필요가 있다.

## (2) 단속 절차 개관

### (가) 주거권자 또는 관리자의 사전 동의의 요구

대법원은 “영장주의 원칙의 예외로서 출입국관리공무원 등에게 외국인 등을 방문하여 외국인동향조사 권한을 부여하고 있는 위 법 규정의 입법 취지 및 그 규정 내용 등에 비추어 볼 때, 출입국

78) “또한 현행법상 외국인 동향조사의 범위에 외국인이 강제퇴거대상자인지를 조사하는 권한이 포함되는지 여부가 명확하지 않아 출입국관리공무원 등이 소극적인 조사에 그친다는 지적이 있으므로, 외국인 동향조사의 범위에 외국인이 강제퇴거대상자에 해당하는지 여부를 조사하는 사항이 포함됨을 명확히 함으로써 대테러 등 공공질서 및 사회질서 유지를 강화하려는 것임.” 출입국관리법 일부개정법률안(대안), 의안번호 23997, 2019.11.

관리공무원 등이 출입국관리법 제81조 제1항에 근거하여 제3자의 주거 또는 일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장 등에 들어가 외국인을 상대로 조사하기 위해서는 그 주거권자 또는 관리자의 사전 동의가 있어야 한다고 할 것이다”라고 하여, 제81조에 따른 조사의 범위를 제한적으로 해석하고 있다.<sup>79)80)</sup> 국가인권위원회 역시 여러 차례 동의 없는 거주지 등 진입은 절차적으로 위법하다는 결정을 내린바 있다.<sup>81)</sup>

#### (나) 단속과정의 적법절차 및 인권보호

출입국관리법도 제81조에 따른 질문이나 그 밖에 필요한 자료의 제출 요구 등의 직무를 집행할 때는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다고 규정하고 있다(법 제82조). 한편 ‘출입국사범에 대한 단속업무 등을 수행하는데 있어서 적법절차를 준수하고 인권을 보호하기 위하여 출입국관리공무원이 지켜야 할 기본준칙을 정함을 목적으로 하는’ 법무부 훈령인 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」(이하 ‘준칙’)은, 보다 상세하게 단속과정에서 요하는 적법절차의 요건을 규정하고 있다. 준칙에 따르면 출입국관리공무원은 단속 업무 등을 수행하는 때에 외국인 등에 대하여 폭언이나 가혹행위 또는 차별적 언행을 하여서는 아니 되고, 보호장비 및 보안장비의 사용 등 강제력의 행사는 필요한 경우에 한하여 최소한의 범위 내에서 하여야 한다(제3조 제1호, 제6호). 출입국관리공무원은 보호장비 또는 보안장비를 사용하는 때에는 미리 경고를 발한 후에 사용하여야 하고, 다른 억제 수단이 없는 경우에 보충적으로 사용하여야 하며, 상대방의 피해를 최소화하는 수단과 방법을 선택하여야 한다(제25조). 또한 출입국관리공무원은 법 제82조의 규정에 따라 외국인 단속 시 피단속자가 단속자의 신분을 알 수 있도록 신분증을 우선 제시하여야 하며, 단속 배경 등을 피단속자가 인지할 수 있도록 설명하여야 한다(제3조 제4호). 준칙에 따르면 출입국관리공무원은 법 제27조의 규정에 따라 외국인에 대하여 여권, 외국인등록증 등의 제시를 요구할 수 있는데(제8조), 만약 여권 등을 미소지한 자가 미등록 체류 외국인으로 판명된 경우에는 긴급보호하게 된다(제8조, 제11조). 긴급보호하는 경우 보호 대상에 대

79) 대법원 2009. 3. 12 선고 2008도7156 판결.

80) 이때 “일반인의 자유로운 출입이 허용되지 아니한 사업장”은 일반인의 진입이 실제로 통제되는지 여부가 아니라, 관리자의 명시적·묵시적 의사를 고려하여 한다. 판례도 유사한 취지로 “영창목재상사 주변에 울타리가 쳐져있거나 출입문에 차단시설이 설치되어 있지는 아니하였더라도, 영창목재상사의 구내는 건물과 목재 등으로 외부로부터 어느 정도 차단되어 있어 누구나 드나들 수 있는 개방된 곳이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 출입국관리공무원들이 영창목재상사의 건물 내·외부를 모두 조사하려는 목적으로 조사에 임한 것이라는 점에서 영창목재상사의 주위 환경을 이유로 사전 동의가 필요 없었다고 할 수도 없다”고 판시하였다(청주지방법원 제천지원 2016. 5. 20. 선고 2015고합44 판결).

81) 2012. 3. 27. 자 11진정0554000 결정, 2012. 4. 24. 자 11진정0548400 결정 등

해 진술거부권과 변호인선임권이 있고 보호에 대해 이의신청을 할 수 있음을 알린다 (제11조).

#### (다) 안전 확보 의무

준칙에 따르면 단속반장이 단속을 시작하기 전에 관련 정보 및 자료를 수집하여 단속대상, 유의 사항 등이 포함된 출입국사범 단속계획서를 작성하여 조사과장의 결재를 받아야 하고(제5조 제1항), 특히 권역별 합동단속, 야간단속 등 주의를 요하는 사안에 대하여는 단속반장에게 미리 현장을 답사하게 한 후 안전 확보 방안이 포함된 단속계획서를 작성하게 하여 사무소장의 결재를 받아야 하며(제5조 제2항), 조사과장은 단속을 하기 전에 단속반원에게 단속계획을 설명하고 적법절차 준수, 인권보호, 안전사고 예방, 보호장비 및 보안장비의 사용기준, 기타 유의사항에 대한 교육을 실시하여야 한다(제6조).

#### 나. 출입국관리법상 아동의 단속 현황

실무적으로 초·중·고등학교에 재학 중인 아동 및 부모는 법무부의 「불법체류 학생의 학습권 지원」 지침에 따라 강제퇴거가 유예된다.<sup>82)</sup> 위 지침에 따라 학교 재학 중인 학생을 대상으로 출입국 단속을 진행한 경우는 없는 것으로 보이며, 그 외 아동이 빈번하게 출입하는 기관 (지역 청소년센터 등) 또는 사업장 (PC방 등) 일대를 특별히 단속한 사례도 보고된 바 없다. 일반적으로 불법취업 등에 연루되었다가 단속된 경우에도 학교 재학 중인 아동이라면 달리 구금하지 않는 것으로 알려져 있다.<sup>83)</sup> 다만 지침의 확대 시행 전 (지침은 2013년부터 초등학교 및 중학교에서 고등학교 재학 외국인 학생으로 대상 범위가 확대되었다) 부모의 단속으로 인해 사실상 보호자 없이 방치되는 아동들의 문제는 다수 보고된 바 있고,<sup>84)</sup> 현재도 (지침에도 불구하고) 학교 재학 중인 자녀를 둔 부모가 단속되는 경우가 존재하는 것으로 보인다.

지침에서 보호 대상으로 명시한 학교 재학 중인 아동 외의 집단은 원칙적으로 강제퇴거 및 보호 명령 대상이 되는데, 특히 미취학 연령의 아동, 학교 밖 아동·청소년 및 고등학교를 졸업하였으나 아직 만 18세에 도달하지 못한 청소년들이 이에 해당한다.<sup>85)</sup> 미취학 연령의 아동이 별도로 단속되는 경우는 보고되지 않았으나, 독자적인 강제퇴거 및 보호명령을 받지 않더라도 부모 등 보호자

82) 이혜리, “불법체류 학생 학습권 보장, 고등학교까지 확대”, 경향신문 (2013.11.7.)

83) (사)한국이주민건강협회 희망의 친구들, 미등록 이주아동의 체류권 실태조사 보고서, 2019, 203.

84) 석원정, “갑자기 쫓겨난 부모, 한국에 남은 아이들은...”, 프레시안 (2012.4.19.)

<https://m.pressian.com/m/pages/articles/38598?no=38598/m#0DKW>

85) 이택건, 미등록 이주아동의 머무를 권리 - 아동권리보장의 관점에서, 이화젠더법학 11(1), 2019, 183.

가 보호명령을 받으면 동반구금될 가능성이 높다는 문제가 있다. 이러한 문제에 대해서는 이하 “2. 구금 및 구금해제”에서 상세히 후술한다. 학교 밖 아동·청소년 및 고등학교 졸업 청소년 중 특히 불법취업한 청소년은 사업장 단속 과정에서 단속될 수 있고, 실제로 단속되고 있는 것으로 보인다. 2019년에만 69명의 미성년자가 보호명령을 받았으며, 이들 중 불법취업으로 구금된 경우가 38명이다.<sup>86)</sup> 가사 미등록상태가 아니라 하더라도 취업활동의 제한이 있는 체류자격이면 출입국관리법 위반으로 인한 단속의 가능성이 있으며, 적법하게 취업활동 중에 있더라도 위에서 살펴본 바와 같이 현행 무분별한 단속 관행상 사업장 내 외국인 아동·청소년에 대한 인권 침해 소지가 존재한다.

#### 다. 문제점 및 제도개선 방향

앞서 살펴본 바와 같이 출입국관리법상 동향조사(법 제81조)와 보호(법 제51조)은 단속에 대한 법적 근거로 작동하기 힘들어, 적법절차의 통제가 미흡할 수밖에 없어 시급히 개선이 필요하다. 여하간 위 조항과 「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」에서 정하는 단속 공무원의 의무 및 단속 대상자의 권리는 아동·청소년에 대해서도 동일하게 적용된다. 즉 단속 대상이 된 아동·청소년은 단속 공무원에 대해 증표 제시, 단속 이유 설명, 보호명령서 설명 등을 요구할 수 있고, 조사를 받을 때 진술 거부권과 변호인선임권을 행사할 수 있다.

그러나 출입국관리법과 준칙은 아동·청소년에 대한 별도의 고려사항을 정하고 있지 않다. 아래에서 살펴보는 것처럼 외국인보호규칙이 미성년자 및 그의 부모의 보호에 대해 별도 규정을 두고 있으나, 해당 규정이 단속 과정에서 아동 청소년에게 적용될 여지는 없다. 이는 형사절차 상 아동 보호에 대한 일부 규정을 두고 있는 것과 대조된다.<sup>87)</sup> 이를테면 경찰청 예규인 소년업무규칙은 폭언, 강압적인 어투, 비하시키는 언어 등을 사용하거나 모욕감 또는 수치심을 유발하는 언행을 하여서는 안된다고 정하고 있고 (제18조 제2호), 조사 시 아동의 복리상 부적당하지 않다면 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 사람에게 연락하여야 한다고 규정하고 있다 (제16조).<sup>88)</sup>

86) 법무부, 대한민국 정책브리핑 [사실은 이렇습니다] 미성년 이주아동 보호 조치 및 보호기간 최소화 위해 노력 (2020.2.24.) <https://blog.naver.com/hellopolicy/221822950358>

87) 출입국공무원의 단속은 개인의 인신을 구속하는 강제적인 성격을 갖는 행정절차이므로 형사절차에 준하여 인권 보호를 꾀할 필요성이 있다는 측면에서 형사절차와의 비교가 의미를 가진다.

88) 다만 수사과정에서의 아동 권리 보호에 대한 규정이 부족하며, 위 규정에도 불구하고 수사관행 상 아동에 대한 특별한 고려가 미흡하다는 비판이 있다. 최정규 외 8, 아동·청소년 인권보장을 위한 소년사법제도 개선 연구, 국가인권위원회, 2018, 110~112, 155~158.

학교에 재학 중이지 않은 아동·청소년 및 고등학교 졸업 청소년은 성년과 다른 개별적 처우를 받을 권리가 보장되지 않는다는 점도 문제이며, 개선이 필요하다. 단속 대상 아동·청소년에게 부모 또는 보호자에게 연락할 권리를 보장하고 이를 고지하는 절차도 존재하지 않는다. 부모 미동반 아동에 대해 특별한 보호조치가 필요한지 판단하는 기준도 마련되어야 한다.

불법취업한 아동·청소년의 경우, 마사지업소 등 성착취 피해 가능성이 높은 업종에 취업하였다면 인신매매 피해 여부에 대한 심사의 필요성이 있으나, 단속 과정에서 이에 대한 판단이 이루어질 수 있는 절차가 없다. 법무부는 출입국행정 업무 단계에서 공무원이 비자 소지자를 대면할 기회를 제공하고, 인신매매 식별지표를 여성들이 작성하여 제출하도록 하고, 체류허가 업무 처리 시 마다” 인권위원회가 제작한 인신매매 안내서를 배포하겠다고 발표하였으나,<sup>89)</sup> 최근 들어 예술흥행비자가 아닌 관광비자나 단기비자 등으로 성매매 산업에 유입되는 인신매매 피해자 이주여성이 급증하며, 이들 중 미성년자도 존재하는 현실에 대한 대책은 없다. 특히 피해여성이 자발적으로 인신매매 식별지표를 작성하거나 신고하는 이례적인 경우 외에 단속 과정에서 확인될 수 있는 미성년자 피해자를 어떻게 식별하고, 피해신고 및 지원절차로 연계할 수 있는지에 대한 지침이 없어, 단속되면 다른 출입국사범과 동일하게 강제퇴거될 뿐이다.

## 2 구금 및 구금해제

### 가. 개관

현행 출입국관리법 제63조 제1항은 강제퇴거명령을 받은 사람을 대한민국 밖으로 즉시 송환할 수 없는 경우 이 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 ‘보호’할 수 있다고 규정하고 있다. 출입국관리법 제2조 제11호는 ‘보호’를 “출입국관리공무원이 강제퇴거 대상에 해당한다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 등에 인치하고 수용하는 집행활동”으로 규정하고 있는데, 이 때 명칭은 보호지만 실질에 있어서는 구금에 해당한다. 출입국관리법상 ‘보호’는 사람을 그의 의사에 반하여 일정기간 동안 일정한 장소에 격리함으로써 공간적 제약을 가하고 신체의 자유를 제한하는 것이기 때문이다.

아동의 구금에 대하여 아동권리협약은 구금을 포함한 아동의 자유박탈은 최후의 수단으로만 사용되어야 한다고 명시하고 있다. 아동권리협약 제37(b)조는 아동의 구금에 대하여 엄격한 제한을

89) 법무부 보도자료, “법무부, 외국인 호텔·유흥 분야 종사자 인권보호 강화한다”, 체류관리과 (2019. 12. 10.), 2~3.

두어, “어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니한다”라는 일반적 규범에 이어 “아동의 체포, 억류 또는 구금은 법률에 따라 행해져야 하며 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용되어야 한다고 규정한다. 이와 같은 맥락에서 이주아동의 행정구금 역시 최후의 수단으로, 최단기간 동안만 가능하다고 오랜 기간 해석되어 왔다. 하지만 최근 몇 년 간 아동의 이주구금은 그 자체로 아동권리 침해이므로 어떠한 경우에도 아동 최상의 이익에 부합하지 않는다는 문제 제기 및 논의가 계속되었으며, 현재는 아동의 이주구금은 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다는 원칙이 확립되었다.

#### 나. 아동의 구금 현황 및 관련 법 규정

이러한 원칙에도 불구하고 「출입국관리법」에는 제56조의3에서 “19세 미만의 사람”에 대해 특별히 보호해야 한다고 규정하고 있을 뿐 이주아동의 구금 금지에 대한 별도의 규정이 없으며 따라서 한국에서는 이주아동의 구금이 계속되고 있다. 2019년 정보공개청구를 통해 법무부로부터 제공받은 정보에 의하면 지난 5년간 구금된 아동의 평균 구금기간은 7.7일, 최장 구금기간은 140일로, 가족 또는 보호자를 동반하지 않은 아동의 구금 관련 현황은 다음과 같다.<sup>90)</sup>

시설	2015년	2016년	2017년	2018년
화성외국인보호소	25	24	24	24
청주외국인보호소	7	13	8	25
여수출입국외국인사무소	2	4	3	4

출입국관리법 외 행정규칙인 「외국인 보호규칙」은 구금된 아동에 대한 교육, 보호 등에 대해 추가로 규정하고 있다. 하지만 교육이 제공되고 특별한 보호가 보장된다 하더라도 구금 자체가 아동에게 미치는 부정적인 영향을 상쇄할 수는 없다. 「외국인 보호규칙」의 구체적인 관련 내용은 다음과 같다.

##### 「외국인 보호규칙」

##### 제4조(외국인의 보호 등)

- ② 청장 등은 보호 외국인이 14세 미만의 어린이를 부양하고 있고 보호 외국인 외에는 그 어린이를 부양하려는 사람이 없는 경우에 한정하여 그 어린이가 보호 대상이 아니더라도 보호 외국인과 함께 생활하도록 허가할 수 있다. 다만, 3세 미만의 어린이는 보호 외국인 외에 그 어린이를 부양하려는 사람이 있는 경우에도 그 친부모인 보호 외국인과 함께 생활하도록 허가할 수 있다

90) 법무부 공개청구정보 및 결정내역, 2019.

- ③ 제2항에 따라 허가를 받은 어린이에게는 이 규칙에서 정한 일용품의 지급 및 대여를 할 수 있으며, 보호시설 안에서 생활하는 동안 보호시설의 안전과 질서유지를 위하여 일정한 행동을 제한할 수 있다. 이 경우 그 행동 제한은 필요한 최소한의 범위에서 이루어져야 한다.
- ④ 청장 등은 1개월 이상 보호하는 18세 미만의 아동에 대하여 그 아동의 나이와 능력에 적합한 교육을 실시하거나 외부의 전문복지시설에 위탁하여 교육을 실시할 수 있다.
- ⑤ 청장 등은 법 제56조의3 제3항 각호의 어느 하나에 해당하는 보호 외국인에 대해서는 특별보호를 위하여 전담공무원을 지명하여야 한다.
- ⑥ 제5항에 따라 지명된 전담공무원은 해당 보호 외국인을 2주일에 1회 이상 면담하여야 하며, 면담 결과 방 배정, 교육, 운동, 급식, 진료 등에 있어서 특별한 조치가 필요하다고 판단되는 경우 이를 문서로 청장등에게 보고하여야 한다.

## 다. 문제점 및 제도개선 방향

### (1) 아동 구금 금지 조항의 부재

「외국인 보호규칙」 제4조는 “외국인 보호시설의 장은 보호 외국인이 14세 미만의 어린이를 부양하고 있고 보호 외국인 외에는 그 어린이를 부양하고자 하는 자가 없는 때에 한하여 그 어린이가 보호 대상이 아닌 경우에도 보호 외국인과 함께 생활하도록 허가”할 수 있으며, “3세 미만의 어린이는 보호 외국인 외에 그 어린이를 부양하고자 하는 자가 있는 경우에도 그 친부모인 보호 외국인과 함께 생활하도록 허가할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 부모에 대한 강제퇴거 명령과 함께 부모의 동의가 있는 경우 14세 미만의 아동을 같이 구금하게 되는데, 부모의 입장에서는 달리 자녀의 보호에 대한 대안이 없으므로 이러한 동의는 사실상 강제에 가까운 경우가 많다. 결과적으로 영유아도 부모와 함께 구금되는 관행이 존재하는 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 아동의 이주구금은 그 자체로 아동권리의 침해라는 주장에 대해, 아동권리위원회는 「국제이주의 맥락에 있는 모든 아동의 권리에 관한 2012년 일반토론의 날 보고서 (Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration)」에서 “본인 또는 부모의 이주민으로서의 지위만을 이유로 아동이 구금되는 것은 어떠한 상황에서도 아동의 권리를 침해하는 행위로, 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다”고 강조하였다. 출입국과 관련된 문제가 해결될 때까지 아동은 불법으로 취급받거나 구금과 같은 징벌 조치의 대상이 되어서는 안 되며, “본인 또는 부모의 이주 지위 때문에 아동을 구금하는 것은 어떠한 경우에도 ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 위배된다”는 것이다.<sup>91)</sup> 이러한 관점

91) 아동권리위원회, “Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration”, 2012, 78항.

에서 아동권리위원회는 모든 국가가 이주를 사유로 한 아동의 구금을 신속하고 완전히 중단해야 함을 강조하였고, 이후 일반논평에서 이러한 입장을 확고히 하였다.<sup>92)</sup>

## (2) 자의적인 연령 기준의 문제

한국의 아동구금 문제에 대해 2019년 유엔 아동권리위원회는 대한민국 제5~6차 정기보고서에 대한 최종견해를 통해 대한민국 정부에 “출입국관리법의 개정 등을 통해 이주아동의 구금을 금지할 것, 비구금형 대안을 보장할 것”을 권고하였다.<sup>93)</sup> 2018년 유엔 인종차별철폐위원회 역시 한국의 이민 법제가 아동의 구금을 사실상 허용하고 있으며, 아동 최상의 이익을 고려하지 않는 점에 우려를 표하며 한국이 “아동의 구금을 피하고 법에 아동의 최우선적 이익과 관련한 조항을 포함하도록 출입국관리법을 개정할 것”을 권고하기도 했다.<sup>94)</sup>

이러한 권고 이행 관련 질의에 대해 법무부는 “14세 미만 아동은 실무상 보호하고 있지 않으며, 14세 이상 18세 미만의 경우 출국명령 등을 통해 보호를 최소화하고 있다”고 답변하였다. 또한, 국가인권위원회의 “외국인 아동의 구금을 금지하는 규정을 신설할 것”에 대한 권고를, 현행 실무를 입법화하는 것으로 수용하겠다고 밝히기도 하였다. 14세 미만 아동에 대한 보호를 원칙적으로 제한하되, 부모 등 아동의 부양자가 요청 시 아동의 의사와 그 밖의 사정을 참작하여 보호시설 내 생활을 허용하도록 하는 방식으로 「출입국관리법」 개정을 추진한다는 것이다.<sup>95)</sup>

유엔 아동권리협약이 아동의 범위를 만 18세로 정의하고 있음에도 불구하고, 14세 미만의 아동에 대해서만 별도의 규정을 두는 근거에 대해 법무부는 14세 미만의 아동을 국내법에 따른 형사 미성년자로 간주하여 실무상 보호하지 않는 것이며 이는 형사 미성년자로서 형벌을 받지 않는 점과의 형평을 위한 것이라고 밝히기도 하였다.

92) 2017년 채택된 「국제이주 맥락에서의 아동 인권에 관한 출신국, 경유국, 목적국 및 귀환국에서의 국가 의무에 관하여 공동으로 채택한 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회(Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families) 일반논평 4호 및 아동권리위원회의 일반논평 23호」 등. 두 위원회는 위 공동 일반논평을 통해 아동권리협약 제37(b)조의 최후의 수단으로서의 아동 구금 원칙은 아동사법 등 다른 맥락에서 적용되는 원칙으로, 아동의 이주구금에는 적용되지 않음을 분명히 했다. 아동의 이주구금 전면 금지는 이제 국제적인 합의로 자리 잡아, 최근에는 유엔총회 결의를 통해 작성된 「자유가 박탈된 아동에 대한 국제 연구(Global Study on Children Deprived of Liberty)」 역시 “본 연구 조사는 이주를 사유로 한 아동 구금은 최후의 수단으로도 사용되어서는 안 되며, 절대로 아동 최상의 이익이 될 수 없으므로 반드시 금지되어야 함”을 확인하기도 했다.

93) 아동권리위원회, 대한민국 제5~6차 정기보고서에 대한 최종견해, 2019. CRC/C/KOR/CO/5-6, 43항.

94) 유엔 인종차별철폐위원회, 대한민국 제17, 18, 19차 정기보고서에 대한 최종견해, 2018, CERD/C/KOR/CO/17-19, 17, 18항.

95) 국제 심포지엄 자유박탈 아동에 대한 국제연구와 한국의 자유박탈 아동 자료집, 2020.

### (3) 구금의 대안 부재

현행 제도상 구금의 유일한 대안은 보호의 일시해제이다. 출입국관리법 제65조에 따르면 지방 출입국·외국인관서의 장은 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한 등의 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.

#### 제65조(보호의 일시해제)

지방출입국·외국인관서의 장은 직권으로 또는 피보호자(그의 보증인 또는 법정대리인 등을 포함한다)의 청구에 따라 피보호자의 정상(情狀), 해제요청 사유, 자산, 그 밖의 사항을 고려하여 2천만 원 이하의 보증금을 예치시키고 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙여 보호를 일시해제할 수 있다.  
제1항에 따른 보호의 일시해제 청구, 보증금의 예치 및 반환의 절차는 대통령령으로 정한다.

하지만 이러한 보호일시해제의 결정은 해당 외국인을 단속한 출입국관리사무소의 재량에 달려 있으며, 청구 시 청구 사유를 입증할 수 있는 서류와 보증금 납부 능력을 증명하는 서류 등을 제출하여야 한다. 이는 구금된 아동의 보호일시해제를 신청하는 경우에도 마찬가지이다. 보호일시 해제된 미동반 외국국적 아동에 대한 보호체계가 전무하므로, 해당 아동의 거취 등은 결국 신원보증을 한 민간인이 책임을 지게 된다.

구금의 대안에 대하여 유니세프는 이주아동 당사자와 가족에게 다양한 선택이 주어져야 하며, 가정위탁, 보호일시해제 등의 지역사회 기반의 프로그램을 제공할 것을 권장하고 있다. 또한 이주 아동 구금의 대안에 있어 가장 효율적이며 효과적인 방법은 사회복지사, 시민사회 단체, 아동인권 전문가와 출입국 당국 모두가 관여할 때에만 가능하다고 강조한다.<sup>96)</sup> 구금 대안을 정책적으로 보장하고 있는 해외의 사례도 참조할 필요가 있다. 뉴질랜드의 경우, 아동 최상의 이익을 고려하여 거주지 제한, 소재지 보고 의무 부과 등을 통해 아동을 구금에서 해제하도록 하고 있다. 출입국 당국은 예를 들어 (a) 특정 장소 거주, (b) 특정 시간에 특정 장소에서 특정 방법으로 소재지를 보고하도록 함, (c) 보증인을 제시함, (d) 난민 신청 중인 경우 면접 조사에 참석함, (e) 기타 출국 또는 강제송환에 필요한 조치를 취함 등의 조건 중 당사자와 사회복지사 등의 의견을 반영 후 적절한 조치를 취하여 구금을 해제하고 있다.<sup>97)</sup> 미국에서는 가정위탁이 실질적으로 이주아동의 구금에 대한 대안으로의 역할을 하고 있는데, 미국의 아동 가족위원회의 산하 기관에서 특히 난민신청 아동 중 부모 미동반 아동의 구금 해제를 담당하며, 아동이 위탁가정에서 보호되는 동안 이러

96) UNICEF, Working Paper: alternatives to immigration detention of children, 2019, 1.

97) The Immigration Act 2009, s315 등.

한 가정을 관리하며, 아동의 복지와 보호를 관장한다. 가정위탁이 어려운 경우 지역의 단체 또는 주 정부가 관리하는 쉼터에 머무를 수도 있다. 캐나다의 경우, 신분이 확인된 외국인의 경우 이민 난민청(Immigration and Refugee Board of Canada)에서 보증금 예치, 거주지 제한, 정기 보고 등의 조건을 부과하여 구금에서 해제될 수 있다. 캐나다의 이민법 제60조는 아동의 구금 등 아동과 관련된 결정 시 아동 최상의 이익을 반드시 고려해야 한다고 규정하고 있으므로 이 과정에서도 아동 최상의 이익을 고려하여 가장 적절한 대안을 제안해야 한다.

#### (4) 개선 방향

이주를 사유로 한 아동의 구금이 어떠한 경우에도 아동 최상의 이익이 될 수 없다는 점이 국제적인 합의로 자리 잡은 만큼, 출입국 관련법에 아동의 구금을 금지하는 조항을 추가하여 아동의 구금을 최후의 수단으로도 고려하지 않도록 명시하여야 한다. 이러한 과정에서 해외의 사례들을 참고하여, 아동의 정황과 이익에 따라 아동과 부모 등 보호자의 거주지 제한, 소재지 보고 등의 제한을 두는 등 구금 외의 대안을 고려해볼 수 있다.

### 3 강제퇴거 및 출국

#### 가. 강제퇴거 및 출국명령 개관

##### (1) 개관

지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리법 제46조 제1항에 따른 강제퇴거 사유에 해당하는 외국인은 대한민국 밖으로 강제퇴거할 수 있다. 법에서 정하는 강제퇴거 사유는 크게 출입국관리 위반,<sup>98)</sup> 체류관리 위반,<sup>99)</sup> 범죄행위로<sup>100)</sup> 대별할 수 있다. 출국명령은 강제퇴거사유에 해당하거나 출입국관리법을 위반한 외국인에 대하여 자진하여 출국할 것을 명령하는 것을 말한다. 강제퇴거사유 대상자이나 자기비용으로 자진하여 출국할 의사를 표명할 경우, 법무부는 출국명령을 할

98) 위법하게 입국한 사람 (법 제7조, 제7조의 2, 제12조 제1항, 제2항 또는 제12조의3), 입국금지사유 (법 제11조 제1항 각 호)가 입국 후에 발견되거나 발생한 사람, 허위서류를 제출한 사람 (제26조 위반) 등

99) 체류자격의 범위를 벗어나거나 체류기간을 초과하여 체류한 사람 (제17조 제1항, 제2항, 제23조, 제25조), 외국인 고용 제한을 위반한 사람(제18조), 체류자격에서 허용하지 않은 활동을 한 사람 (제20조, 제24조) 등

100) 금고 이상의 형을 선고받고 석방된 사람, 법에서 정하는 중대 범죄를 범한 사람 등

수 있다. 출국명령을 받고도 지정한 기한까지 출국하지 않은 경우 강제퇴거명령을 발급한다(법 제 68조 제4항).

## (2) 관련 규정 및 불복절차

### (가) 인권 보호 규정

「출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙」 제22조는 심사결정서 또는 출입국사범심사결정통고서는 용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어 용의자가 그 내용에 대한 증감 또는 변경 청구한 때에는 그 진술을 심사결정서 및 출입국사범심사결정통고서에 기재하여야 한다고 하여, 내용에 대한 설명의무를 출입국당국에 부여하고 있다. 법 제62조 제2항은 강제퇴거명령을 받은 사람에게 강제퇴거명령서를 내보이도록 하고 있다. 다만 심사결정서 등에 준하여 ‘용의자가 이해할 수 있는 언어로 읽어 주거나 열람하게 한 후 오기가 있고 없음을 물어’ 보는 방법으로의 내용에 대한 확인 및 설명의무를 규정하고 있지 않다.

### (나) 이의신청 및 특별체류 허가

강제퇴거명령에 대하여 이의신청을 하려면 강제퇴거명령서를 받은 날부터 7일 이내에 지방출입국·외국인관서의 장을 거쳐 법무부장관에게 이의신청서를 제출하여야 한다 (법 제60조 제1항). 법 제59조 제4항은 지방출입국·외국인관서의 장에게 강제퇴거명령서 발급 시 이의신청 가능 사실을 용의자에게 알리도록 하고 있다. 그러나 준칙 제23조 제2항은 강제퇴거명령서 발부 시에 용의자에게 구두 또는 고지문으로 이의신청을 할 수 있음을 알린다고 정하는 것 외에 구체적인 설명의무를 정하고 있지 않다.

출국명령에 대해서는 이의신청 절차가 따로 없다. 이의신청을 기각하면서, 용의자가 대한민국 국적을 가졌던 사실이 있거나 그 밖에 대한민국에 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되면 그의 체류를 허가할 수 있다 (법 제61조). 특별한 사정은 영주(F-5) 체류자격을 가지고 있는 경우, 대한민국 정부로부터 훈장 또는 표창을 받은 사실이 있거나 대한민국에 특별한 공헌을 한 사실이 있는 경우, 그 밖에 국가이익이나 인도주의(人道主義)에 비추어 체류하여야 할 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우이다 (법 시행령 제76조). 그러나 특별체류 허가가 인정되는 경우는 극히 드물다. 2016년 및 2017년에는 총 35건의 특별체류 허가가 부여되었다.<sup>101)</sup> 구

101) 법무부, 백혜련 의원 질의 자료: 최근 2년간 이의신청 및 특별체류 허가 현황, 2017.

체적인 심사기준은 공개되어 있지 않으며,<sup>102)</sup> 아동에 대한 별도의 명시적인 고려 기준도 없는 것으로 보인다.<sup>103)</sup>

#### (다) 행정쟁송

출국명령 및 강제퇴거명령은 행정심판 또는 행정소송으로 불복할 수 있다. 이미 외국인보호소에 보호조치 된 경우 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 집행 정지를 신청할 수 있다 (행정소송법 제23조 제2항). 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정으로서, 이와 같은 출입국 관리에 관한 사항 중 국가가 어떠한 외국인을 바람직하지 않다고 판단하여 추방할 것인지 여부는 원칙적으로는 정책 재량의 영역에 놓여 있는 분야라는 판단(헌법재판소 2005. 3. 31. 2003헌마87 전원재판부 결정)을 전제로 하여 출국명령 및 강제퇴거명령에 대한 행정청의 1차적인 재량을 인정하는 것이 법원의 주류적 견해이다.

#### (3) 제도 개선 노력 경과

다만 위의 공익적 고려와 외국인이 우리나라에서 체류하면서 형성한 국내의 경제적·사회적 기반, 가족 결합권, 재산권 등의 개인적 이익을 비교·형량하여 처분의 위법성을 판단한 판결도 존재한다. 위에서 상세히 언급한 대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결 외에도, 예를 들어 도로교통법 위반으로 벌금 200만 원의 약식명령을 받고 확정된 외국인에 대한 강제퇴거명령을 취소하며, 이미 여러 해 동안 국내에서 생활한 점, 한국 국적의 배우자와 한국에서 생활하고 있는 사실 등을 제시하며 “오랜 기간 한국에 거주하면서 쌓아 온 일체의 기득권과 거주, 이전의 자유, 가족과의 결합을 포함한 행복추구권 등이 심각하게 침해된다는 점”을 들어 강제퇴거명령의 위법성을 인정한 사례가 있었다.<sup>104)</sup> 형사고소가 제기된 후 취소되어 공소권 없음 처분을 받은 외국인에 대해 내려진 강제퇴거명령을 취소하며, “이미 입국하여 거주하면서 내국인들과 긴밀한 유대관계를 구축하고 일정한 직업에 종사하는 등 생활관계를 형성한 경우, 대한민국에 입국하려는 외국인에 비하여 이미 형성된 사회, 경제적 이익을 보호할 필요성이 더욱 크다는 점”이 고려되기도 하

102) 이택건, 위의 글, 184

103) 이를테면 미등록 이주청소년이 특별체류허가가 불허되었다가 이후에 법원 결정을 통해 강제퇴거명령이 취소된 사례도 존재한다. 이택건, 위의 글, 184.

104) 대전지방법원 2008. 5. 28, 2008구합985 판결

였다.<sup>105)</sup> “대한민국에서 출생하여 현재까지 사실상 오직 대한민국만을 그 지역적·사회적 터전으로 삼아 살아 온 사람”의 강제퇴거명령을 “인간의 존엄성을 수호하고 생존권을 보장하여야 할 문명국가의 헌법정신에 어긋난다는 이유로 법원이 취소한 사례도 존재한다.<sup>106)</sup>

2012년 국가인권위원회는 법무부장관에게 미등록 이주아동이 부모와 분리되어 단독으로 퇴거되는 사례가 발생하지 않도록 조치를 취할 것을 권고하였고,<sup>107)</sup> 아동이 해당 학기 또는 해당 학년 수업을 완료하는 시점까지 아동의 부모에 대한 강제퇴거 조치를 일시 유예할 것을 권고하였다.<sup>108)</sup> 같은 해 발간된 국가인권위원회 이주인권가이드라인도 18세 미만의 이주아동은 단속 및 구금 조치의 대상이 되지 않도록 해야 한다는 원칙을 제시하였다.<sup>109)</sup> 국가인권위원회는 2020년에는 명시적으로 장기체류한 이주아동들이 강제퇴거되지 않고 계속 체류할 방안을 마련할 것을 법무부장관에게 권고하기도 하였다.<sup>110)</sup> 2020년 2월 법무부는 국회 법제사법위원회에 대한 업무 보고를 통해 일정한 자격을 갖춘 장기체류 이주아동을 강제퇴거하지 않고 체류자격을 부여하는 방안에 대해 보고하였고,<sup>111)</sup> 2020.4.19.부로 장기체류 외국인 아동에게 조건부 체류자격을 부여한다고 발표하였다.<sup>112)</sup>

## 나. 해외사례

상세한 내용은 아래 5. 장기체류 미등록 이주아동의 체류권 부여에서 살펴본다.

## 다. 문제점 및 제도개선 방향

### (1) 일반

출국명령 및 강제퇴거명령 절차 전반에 걸쳐 아동에 대한 특별한 고려는 존재하지 않는다. 특히 부모 미동반 아동이거나, 송환으로 인해 가족과 분리되는 경우에 대한 구체적인 심사 절차도 존재하

105) 서울행정법원 2014. 9. 19. 2014구합5842 판결

106) 청주지방법원 2018. 5. 17. 2017구합2276 판결.

107) 국가인권위원회 12진정0835300결정, 2012.

108) 국가인권위원회, 이주아동의 교육권 보장을 위한 개선방안 권고, 2010.

109) 국가인권위원회, 이주인권가이드라인, 2012, 44.

110) 국가인권위원회, 19진정0703100결정, 2020.

111) 법무부, 제384회 국회 법제사법위원회 업무현황 (2021.2.18.). 관련 내용은 아래에서 상술한다.

112) 법무부 보도자료, “법무부, 장기체류 외국인 아동에게 조건부 체류자격 부여”(2020.4.19.). 출생사실, 15년 거주 사실 등을 명시적인 요건으로 제시하고, 부모의 출국 및 범칙금 납부를 관행적으로 요건으로 삼을 우려가 있음에도 불구하고 과거의 강제퇴거 관행에 비해서는 진일보하였다.

지 않아, 실제로 아동이 단독으로 강제퇴거되는 경우가 발생한다.<sup>113)</sup> 아동의 출국이 아동의 최상의 이익에 부합하는지 - 아동의 가족관계, 연령, 교육상태, 건강상태, 한국사회와의 통합 정도 등을 고려하여 - 판단 후 출국 또는 강제퇴거명령을 내리는 것이 아니라 출입국관리법 위반 사실에 따라 기계적으로 처분하는 것으로 보이며, 설사 출국이 아동 최상의 이익에 부합한다고 하더라도 송환 후 아동이 안전하게 양육될 수 있도록 자발적 출국을 우선시하는 절차도 존재하지 않는다. 해외사례에서 살펴본 바와 같이, 다수의 국가는 출국이 아동에게 미치는 중대한 영향을 고려하여 출국, 송환 명령 및 이에 대한 사법적 통제절차에 아동 최상의 이익에 대한 심사를 포함하고 있다. 한국에서도 이와 유사하게 출입국 행정 단계에서 송환국에서 아동이 보호자와 함께 생활할 수 있는지를 포함한 양육환경, 송환국의 언어 및 문화에 대한 친숙도, 한국 사회 및 문화와의 통합 정도 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 출국이 아동 최상의 이익에 반하지 않는다는 결론에 이르렀다면 그 사유를 구체적으로 기재하여 이후 사법심사 단계에서 판단자료로 사용할 수 있도록 하여야 한다.

## (2) 학습권의 침해

아동의 교육권과 관련해서는 주로 강제퇴거 대상이 되는 학교 밖 청소년에 대한 학습권 및 보호에 고려가 없다는 문제가 있다. 법무부가 내세우는 지침의 취지도 미등록 아동의 학습권을 보장하겠다는 것이고, 학습권의 보장은 이미 학교에 재학 중인 아동의 강제퇴거를 유예하는 소극적인 처분에서 그치는 것이 아니라 아동이 희망한다면 고등교육까지 끊임 없이 연결될 수 있도록 보장하고 (이는 아래 체류자격에서 상술한다), 공교육에서 이탈한 아동들은 다시 교육을 이수할 수 있도록 지원하는 적극적인 지원으로 이어져야 한다. 현재 법무부의 강제퇴거 관행은 마치 공교육에서 자의 또는 타의로 이탈한 아동 및 청소년은 한국 정부의 보호 밖에 있다는 입장을 취하고 있어 아동 최상의 이익에 부합하지 않는다.

## (3) 가족생활에 대한 권리 침해

위에서 살펴본 바와 같이 아동의 출국으로 인해 부모와의 관계가 단절될 수 있다는 점이 처분 단계에서 따로 고려되는 절차가 존재하지 않고, 사법심사 단계에서도 충분히 고려되지 않고 있다.

113) 이를테면 부모에 대한 체류기간연장거부처분에 대한 취소소송이 확정될 때까지 부모와 함께 살 수 있도록 체류기간을 연장해달라는 자녀의 신청을 거부한 처분이 위법하지 않다고 보며, 아동들의 부모가 한국에 입국한 후 6개월 정도 몽골에서 아동들이 “누군가의 보호 아래 잘 지내온 것으로 보인”다는 이유로 국적국에 보호자가 지금도 있으리라는 막연한 추정 하에 “몽골에서 원고들을 돌봐줄 사람도 없다”라는 아동들의 주장을 기각한 판결이 있다. 대법원 2018.9.13. 선고 2017두69687 판결. 이주인권사례연구모임, 2018-2019 이주인권 디딤돌·걸림돌 판결, 2020, 61~66.

법무부 지침에 따라, 형제 중 학교에 재학 중인 아동이 있다면, 해당 아동과 부모는 계속 국내에서 체류할 수 있는데 출국 대상 아동만 가족과 분리되어 출국하여야 하는 부당한 상황에 놓이는 경우도 빈번하다. 이는 결국 아동의 최상의 이익 판단에 대한 주요한 고려요소인 아동의 가족생활에 대한 권리의 직접적인 침해로 이어진다.

많은 경우 미성년 아동은 부모로부터 교육적, 정신적 및 경제적 지원 없이는 독자적으로 생활해 나가기 어려우므로 특별한 사정이 없는 한 아동의 부모와 함께 살 권리는 본질적으로 보호받아야 한다. 우리 헌법은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활을 할 수 있도록 보호할 의무가 국가에게 있다고 규정하고 있으며(헌법 제36조 제1항), 민법은 자녀가 원칙적으로 부모와 동거하며 보호와 교육을 받아야 한다고 규정하고 있다(민법 제913조 내지 제914조). 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장하는 헌법 원리의 성격을 가지는데, 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다고 확인하였다.<sup>114)</sup>

자유권규약 제23조 제1항은 “가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다”고 정하고 있고, 제2항은 가정을 구성할 권리를 보장하고 있다. 가정을 구성할 권리에는 자녀와 함께 살 가능성이 내포하고 있다.<sup>115)</sup> 유엔 시민적 및 정치적 권리 위원회(이하 “유엔 자유권규약 위원회”)는 몇 차례 개인진정 사건에서 위의 가족생활에 대한 권리에 터잡아 진정한 거주국으로부터의 강제퇴거가 거주국 내 가족과 함께 살 권리를 침해하여 위법하다고 판단하기도 하였다.<sup>116)</sup> 아동권리협약 제9조 제1항은 아동이 의사에 반하여 부모와 분리되지 않을 것을 규정하고 있다. 아동권리위원회는 이주노동자보호위원회와의 공동 일반논평에서 가족 결합을 유지하고 분리를 방지할 의무를 각 당사국이 부담하고 있음을 확인하며, 강제퇴거 또는 출국 등을 통해 가족 일원 중 일부를 다른 가족과 분리하는 처분은 가족생활에 대한 위법적 침해가 될 수 있다고 해석하였다.<sup>117)</sup>

114) 헌법재판소 2002.8.29. 선고 2001헌바82 결정.

115) 자유권규약위원회, 제23조(가정)에 대한 일반논평 19, (1990), 제5항.

116) *Jama Warsame v Canada*, CCPR/C/102/D/1959/2010, UN Human Rights Committee (HRC), 1 September 2011 등. 아래에서 상술한다.

117) 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호위원회, 국제이주 맥락에서의 아동 인권관련 일반적 원칙에 관하여 공동으로 채택한 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회 일반논평 4호(2017) 및 아동권리위원회 일반논평 23호(2017) 제27~29항.

## 라. 보론 : 자진출국 이주아동에 대한 과태료 및 범칙금 처분

외국인은 출국을 위해 유효한 여권을 가지고 출입국항에서 출입국관리공무원의 출국심사를 받아야 한다 (법 제28조 제1항). 다만 형사재판이 계속 중인 자, 징역형이나 금고형의 집행이 끝나지 아니한 자, 그 밖의 상당액의 벌금, 추징금 또는 세금을 납부하지 않은 자 등은 출국이 정지될 수 있다.

과거 출국심사 관행에 따르면 미등록 상태인 외국인은 발권 전 출입국관리사무소를 먼저 방문하여 ‘담당 공무원의 확인’을 받아야 했다. 출입국관리사무소는 통상적으로 해당 외국인의 여권, 여행증명서, 항공권 예매 기록 등을 확인하고, 별도의 백지에 담당자의 성명과 연락처를 기재한 후 출국을 허용한다고 구두로 통보하였다.<sup>118)</sup> 따라서 출입국관리사무소가 출국을 불허용한다고 통보하는 경우, 대상 외국인은 항공권을 발권받을 수 없어 사실상 해당 외국인의 출국이 금지되는 효과가 발생하였다. 특히 출입국관리법 제79조는 17세 미만의 미성년 외국인에게 체류자격 부여나 체류기간 연장허가 등 신청의무를 부과하면서 부모 등 보호자에게도 신청의무를 부과하고, 위반 시 100만 원 이하 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 과태료를 납부하지 않은 상태에서 출국하려는 경우에는 과태료 대상자인 부모 외에 미성년 아동에 대해서도 출국을 금지하였다. 미등록 체류사실에 대한 범칙금은 감면이 가능하여 자진출국하는 미등록 외국인들은 대체로 범칙금을 면제받고 출국할 수 있었으나 과태료는 감면 규정이 없어서 국내에서 출생하여 미등록 상태로 체류 중이던 이주아동들이 수백만 원의 과태료를 납부하지 못하여 출국이 불허된 사례도 발생하였다.<sup>119)</sup> 이 과정에서 출국이 불허된 아동에 대한 고려는 전무하였는데, 이는 국제인권조약에서 원칙적으로 보장하는 출국의 자유에<sup>120)</sup> 대한 부당한 제한이었을 뿐만 아니라, 출입국관리법상 출국 정지 사유에 해당하지 않는 사유로 출국을 사실상 불허한 위법한 처분이었다.<sup>121)</sup> 실제로 알려진 사례에 따르면 과태료를 지불하지 못한 아동들은 보호자와 함께 머물 곳도 없어 며칠, 또는 몇 주간 지인의 집과 시민단체 사무실을 전전할 수밖에 없었다.

국가인권위원회는 2018.4.19. 결정으로 법무부에게 ‘법적 근거 없이 과태료 미납을 이유로 미등록 이주아동 등 외국인의 출국을 막는 관행을 중단’할 것을 권고하고, 법무부는 권고 수용 입장을

118) 외국인 지원단체 활동가 유선 확인 (2018.1.22)

119) 2020.3.24. 시행규칙 개정으로 감면도 가능하다. 그러나 법무부가 시행 중인 불법체류 외국인 관리 대책에 따라 범칙금 및 과태료 면제가 가능할지는 부정적이다.

120) 세계인권선언 제13조 제2항, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조 제2항, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제5조 (d) 등.

121) 그 외에도 질서위반행위규제법에 반하여 절차상 하자 있는 과태료 부과 처분이기도 하였다.

밝혔다.<sup>122)</sup> 그러나 법무부가 2019년 말에 발표한 「불법체류 외국인 관리 대책」에 따르면 2020년 하반기부터는 출국하지 않은 미등록 체류자에 대해서는 범칙금을 예외 없이 부과할 예정인데, 2021.4.19. 발표 법무부 정책에 해당하지 않는 (이를테면 국내에서 출생하지 않고 유아기에 입국한 아동) 미등록 이주아동들도 자진출국 여부와 무관하게 범칙금을 납부해야 할 것으로 보인다. 결국 「불법체류 학생의 학습권 지원」 지침에 따라 고등학교까지 체류가 사실상 허용된 미등록 이주아동들이 이제는 정부의 지침을 신뢰하여 계속 체류했다는 이유로 장기간 불법체류에 따른 불이익을 받게 되는 것이다.

#### 4 체류자격의 변경 및 부여

##### 가. 외국국적아동의 체류자격 개관

###### (1) 체류자격 부여, 연장, 변경의 법적 성질

체류자격의 부여, 연장, 변경 등 외국국적을 가진 자에 대한 체류자격에 대한 업무는 출입국관리법 및 동 시행령과 시행규칙에서 규율하고 있으며 체류자격을 주관하는 정부부처는 법무부이다. 체류자격관련 업무의 구체적인 지침은 내부지침으로 되어있어 정확히 파악하기는 어려우나 법무부가 운영하는 HIKOREA 웹 사이트에서 제공하는 ‘사증·체류 업무 자격별 안내 매뉴얼’이 개괄적인 정보를 공개하고 있다.<sup>123)</sup> 출입국관리법 및 시행령, 시행규칙에서는 처분을 내리는 절차, 부여되는 권리, 체류자격이 제한되어야 하는 사항은<sup>124)</sup> 자세히 규정되어 있으나 실제 특정 외국인에게 어떤 체류자격을 어떻게 부여할지에 대한 구체적인 기준과 요건들은 대부분 내부지침에 따라 달라진다.

체류자격의 부여, 연장, 변경 등(이하 체류자격 관련 업무)은 법무부가 집행하는 행정행위로서 행정처분의 성격을 갖고 있다. 체류자격 변경에 관한 기존의 대법원 판례는 “출입국관리법상 체류자격 변경허가는 설권적 처분의 성격을 가지며 동시에 허가권자가 허가 여부를 결정할 재량을 가지고 있다.”고 판시하며, 그 외의 하급심 판례에서도 일관적으로 체류자격과 관련한 행정행위는

122) 국가인권위원회, 보도자료: 법무부, “과태료 미납 사유로 외국인 출국 막지 않을 것”(2018.9.12.).

123) 그러나 이는 각 체류자격에 대한 설명과 요건, 최소한의 서류만 있어 모든 구체적이고 개별적인 상황에 대해서는 알 수가 없다.

124) 가령, 중대범죄를 저지른 자에 대한 체류자격의 제한은 명시적으로 규정되어 있다.

행정청의 행정처분이며 재량행위임을 확인하고 있다.<sup>125)</sup>

특기할 점은 체류자격에 관한 행정처분은 다른 행정행위에 비하여 재량의 정도가 넓게 인정된다는 점이다. 대법원을 비롯한 많은 하급심법원에서는 출입국관리법의 목적이 ‘외국인에 대한 출입국관리’, ‘안전한 국경관리’, ‘외국인의 체류관리’를 목적으로 하고 있고 그 법률의 내용과 성격상 상당한 재량이 있다고 판단하고 있다. 실제 실무에서도 외국인의 체류자격과 관련된 행정심판이나 소송절차에서 행정지침과 달리 구체적인 상황에 따라 처분이 달라지는 경우를 찾아볼 수 있다.<sup>126)127)</sup>

## (2) 외국국적 아동의 체류자격 부여 현황 및 쟁점

상술하였듯이 체류자격과 관련된 업무는 그 재량이 매우 폭넓게 인정되고 있기 때문에 단순히 현행 제도(관련 법률 및 행정지침)가 어떻게 마련되어 있는지만으로 이주아동에 대한 체류자격 부여 현황을 평가하기 어렵다. 따라서 실제 개별적이고 구체적인 문제상황 속에서 행정 재량이 어떠한 처분과 지침으로 구체화되는지 확인하고 평가해야 한다.

이주아동의 경우, 유학 등의 사유가 아닌 한, 부모의 체류자격에 따라 체류자격이 주어지거나 혹은 아동의 복리를 위해서 긴급한 필요가 있을 때만 독립적인 체류자격이 부여되어 극히 제한적으로만 독립적으로 안정적인 체류자격을 취득할 수 있다. 이처럼 현행 체류자격 관련 업무는 이주아동의 권리를 독립적으로 보장하지 못하고 있다. 나아가 이러한 체류자격 관련 행정의 한계는 특수하고 취약한 문제상황에 놓인 아동에게서 더욱 문제가 부각되는데, 첫째는 이주아동의 부모 등 법정대리인이 이주아동을 학대하는 상황에서 아동의 독립된 체류자격을 보장하지 못하는 문제, 그리고 둘째는 장기체류 미등록 이주아동에 대한 체류권을 보장하지 못하는 문제이다. 위 사례들에 대한 체류자격 관련 업무가 어떻게 진행되는지 살펴보면 현재 이주아동에 대한 체류자격 신청, 연장, 변경에 있어 현행 제도와 실무례가 어떠한 측면에서 아동 최상의 이익을 보장하지 못하는지 더 면밀히 분석해볼 수 있다.

125) 대법원 2016. 7. 14. 2015두48846 판결, 대구고등법원 2016. 8. 5. 선고 2016누4547 판결, 서울행정법원 2017. 2. 15. 선고 2016구단61337 판결, 울산지방법원 2017. 5. 11. 선고 2016구합7006 판결 등 참조.

126) 수원지방법원 2019. 10. 11. 선고 2019구단77171 판결, 서울고등법원 2020. 6. 4. 선고 2019누65780 판결, 서울행정법원 2020. 9. 10. 선고 2019구단64429 판결, 대전고등법원 2016.11.24. 선고 2016누12149 판결 등 참조.

127) 이러한 특징은 외국인으로 하여금 출입국관리법상 행정처분의 예측 가능성이 낮다는 권리의 제한이 되기도 하고, 또 단순히 행정지침을 넘어 인도적인 처분을 받을 수 있는 가능성이 되기도 한다는 점에서 개별 처분의 상황에 따라 복잡한 양상을 띠게 된다.

## 나. 체류자격 부여 및 변경에 관한 문제점

### (1) 학대 피해 이주아동의 부모와 독립된 장기체류자격 부여

#### (가) 개괄

미성년자가 국내에서 체류자격을 획득할 수 있는 길은 ‘유학생’ 비자 외에는 거의 존재하지 않는다.<sup>128)</sup><sup>129)</sup> 따라서 유학생 비자처럼 아동에게 독립적으로 체류자격이 부여되지 않은 경우, 아동의 체류자격이 의존하고 있는 보호자의 적법한 체류자격이 박탈되거나 혹은 그 보호자와의 법률관계가 단절된 경우 (소송으로 친생자 관계 부존재 사실의 확정, 보호자의 사망 등)에는 아동의 체류자격 역시 대부분 함께 박탈된다. 따라서 이주아동의 체류자격 문제는 그 보호자의 체류자격과 깊은 관계를 갖게 될 수밖에 없고, 이런 상황에서 그 보호자가 이주아동에 대한 폭력 등의 가해자가 된 경우 복잡한 문제가 발생한다.

#### (나) 학대 피해 이주아동 특칙 규정의 현황 및 한계

2018년 기준 보건복지부에서 공개한 ‘이주아동 학대 판단’ 건수에 따르면, 신고건수는 230건, 이 중 최종 학대로 판정받은 건수는 175건이었다. 이 수치는 2014년 신고 건수 66건, 학대로 판정받은 건수 32건과 비교하면 각각 3.5배, 5.5배가 증가한 수치이다. 이 중 학대 행위자의 80.6%는 부모, 그리고 14.9%는 교직원, 아동복지시설 종사자 등 대리양육자, 마지막으로 3.4% 친인척 및 기타가 차지하였다<sup>130)</sup>. 이러한 통계 자료에 비추어 보았을 때, 이주아동의 학대 건수는 점차 증가할 것으로 예상되고 대부분은 부모, 그리고 대리양육자가 학대 행위자일 것으로 추정된다. 그러나 이주아동의 학대 피해가 늘어나는 것과 반대로 현행 출입국 관련 제도에는 이러한 피해를 효과적으로 예방하거나 구제할 수 있는 방안이 부족하다.

출입국관리법 제25조의4(아동학대 피해자에 대한 특칙) 제1항은 “법무부장관은 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제4호의 아동학대범죄를 이유로 법원의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 외국인 아동 및 「아동복지법」 제3조 제3호의 보호자(아동학대 행위자는 제외한다)가 체류기간 연장허가를 신청한 경우에는 그 권리구제 절

128) 법무부출입국외국인정책본부 사증·체류자격 업무 매뉴얼, 2021 등.

129) 유학생 체류자격의 경우에도, 체류를 위해서 고액(개별 사안에 따라 다르지만, 4년제 대학 기준으로 약 2천만원의 체재비 잔고증명서를 제출하라고 요청한 사례도 있었다.)의 재산 상황 등 안정적인 체류를 할 수 있다는 사실을 소명해야 한다.

130) 이해인, “이주아동 학대 피해, 4년간 5.5배나 늘었다”, 경향신문, (2019. 10. 21.)

차가 종료할 때까지 체류기간 연장을 허가할 수 있다.”고 규정하고 있고 제2항은 “법무부장관은 제1항에 따른 체류 연장기간 만료 이후에도 피해 회복 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 체류기간 연장을 허가할 수 있다.”고 규정하고 있다.

그러나 본조는 2019. 4. 23. 처음 신설되어 현재 시행령 및 시행규칙에서 해당 체류자격의 연장 업무를 출입국외국인청장·출입국외국인사무소장 또는 출장소장에게 그 권한을 위임하고 법무부장관의 승인을 받도록 하는 내용만 규정되어 있을 뿐이다. 본조의 규정 만으로는 해당 체류자격을 연장하기 위해서 어떠한 요건이나 절차가 필요하며 기준은 무엇인지 구체적으로 알 수 없으며, 법무부에서 제공하는 매뉴얼에서도 해당 특칙의 구체적인 설명과 안내를 찾아보기 어렵다.<sup>131)</sup> 또한 해당 특칙을 통해 실질적으로 권리가 구체된 아동이 얼마나 있는지 파악하는 것은 불가능하다. 법무부는 정보공개청구에 대한 회신에서도 법 제25조의4 특칙으로 체류기간이 연장된 아동들의 수가 얼마인지 통계를 별도로 생성·관리하고 있지 않다고 밝힌 바 있다.<sup>132)</sup>

그나마 현재 공개된 체류자격의 종류 중 해당 특칙에 적용될 수 있는 체류자격은 ‘성폭력피해자 등 인도적 고려가 필요한 사람(G-1-11)’인데 이 체류자격은 그 대상자를 ‘법률에 따른 민·형사상 권리구제 절차가 진행 중인 사람’으로 한정하고 있다. 이 기준에 따른다면, 아동학대 피해자인 아동이 위 특칙에 따라 체류자격을 연장하기 위해서는 해당 피해 사실에 대해서 고소·고발이 이루어져 형사절차가 진행되어야 하거나 민사상 손해배상이나 가처분 절차가 이루어져야 한다. 나아가 그에 대한 입증자료를 제출할 수 있어야만 체류자격 연장이 이루어질 가능성이 높다고 볼 수 있다.

법무부는 정보공개청구 회신에서 출입국관리법상 아동학대 피해자에 대한 특칙은 체류기간 연장허가에 대한 특칙이므로 적법한 체류자격을 가진 아동이 아닌 미등록 체류아동의 경우 원칙적으로 해당 특칙의 대상이 되지 않지만, 만일 아동학대 피해자라면 G-1-11 체류자격을 신청한 후, 해당 특칙으로 체류자격을 연장할 수 있다고 답하고 있다.<sup>133)</sup> 이 때, 기존의 체류자격을 연장해주거나 G-1-11의 체류자격을 부여하는 기준에 대해서는 특칙에서 ‘법률에 따른 권리구제 절차’가 진행 중인 아동에 해당한다고 정하고 있으므로 관련 행정규칙이나 지침을 두고 있지 않다고 한다.<sup>134)</sup>

따라서 법무부는 ‘사법절차, 형사절차 및 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 아동’ 외에는 이 조항이 적용되는 ‘아동학대 피해자’에 해당하지 않는다고 판단할 가능성이 높으며, 사법절차나

131) 법무부 출입국외국인정책본부 사증·체류자격 업무 매뉴얼, 2021 등 참조.

132) 법무부 체류관리과, 공개청구정보 및 결정내역 (2021. 3. 22.).

133) 위의 글.

134) 위의 글.

형사절차로 진행되기 전, 민간단체나 혹은 신뢰관계인의 보호 아래 있는 경우에는 위 특칙으로 인해 구제받을 수 있는 가능성이 거의 없다고 볼 수 있다. 나아가 ‘법률에 따른 권리구제 수단’에 대해서도 그 범위가 어디까지인지 명확하지 않아, 법률에 근거해 설립된 아동권리옹호기관에 보호된 경우도 포함되는 것인지, 아니면 반드시 민·형사절차에 준하는 구제절차가 진행 중이어야 하는 것인지도 명확하지 않다. 그러나 기존의 ‘성폭력피해자 등 인도적 고려가 필요한 경우’에 해당하는 체류자격 신청 시, 출입국외국인청에서 소계속증명원 또는 사건사고사실확인원 등 실제 민·형사절차가 진행 중임을 증명하는 서류를 요구하고 있는 실무례를 볼 때, 아동학대 피해자에게 체류자격을 부여할 때도 크게 다르지 않을 것이라 추측할 수 있다. 즉, 민형사절차 등이 직접 진행되기 전에 각종 기관 등에 임시보호 되어있거나, 형사고발까지 나아가지 않았지만 상담 단계 등 아동의 학대 상황을 예방하기 위해 필요한 ‘회색지대’의 아동은 적절한 체류자격을 요구할 수 없게 되는 것이다.

나아가 이러한 체류자격과 별개로 이주아동이 학대 피해를 당한 경우 안정적으로 보호받을 수 없으며, 학대 아동에 대한 지원체계가 이주아동에게까지 미치지 못한다는 점 역시 문제사항으로 지적된다. 학대 피해 이주아동은 피해로부터의 회복, 안정적인 체류자격을 위한 행정절차 진행 그리고 해당 아동의 건강한 발달을 위해서 아동복지법상의 아동복지시설에 입소하여 보호받고 사례관리를 받을 수 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 현행법상 이주아동은 국민기초생활 보장법 제19조 제2항에 따른 수급 대상이 될 수 없기 때문에, 시설 입소 시 아동복지시설이 그 재정을 전부 부담해야 한다. 따라서 아동복지시설에서는 학대 피해 이주아동의 입소를 거부하는 사례가 매우 빈번하며, 입소를 허가하더라도 매우 짧은 기간만 머무르도록 하고 있다.<sup>135)</sup> 또한 현재 외국인으로서 건강보험에 당연 가입할 수 있는 체류자격에 G-1-11은 포함되어 있지 않은바, 설사 아동이 G-1-11 체류자격을 부여받는다 할지라도 비싼 병원비를 감당해야 하는 상황에 처할 수도 있다.

결과적으로 현행 제도하에서 학대 피해 이주아동은 그 피해를 회복하고 치료를 받아 건강한 발달 및 사회복귀를 할 수 있는 체류자격을 부여 받을 수 있는 가능성도 매우 낮고, 또 그를 위한 절차를 밟는 기간 동안 안정적으로 체류할 수 있는 환경도 제공받지 못하고 있다.

#### (다) 부모 등 법정대리인의 출입국 신청 등 미이행 시 학대 피해자의 독립적 체류 가능성

위와 같은 현행 특칙에 비추어 볼 때 부모 등 법정대리인이 민·형사상 권리구제 절차를 진행하지 않거나 나아가 체류자격 신청을 이행하지 않는 한 학대 피해자인 이주아동이 독립적으로 체류

135) 국가인권위원회, 2018. 1. 22. 결정, 학대 피해이주아동보호를 위한 제도개선 권고

할 가능성은 매우 낮아지게 된다. 체류자격 관련 업무 중 체류자격의 박탈을 제외하고 체류자격의 부여나 변경은 거의 대부분 자동적으로 이루어지지 않고 신청인의 신청을 통해 이루어진다. 위 학대 피해아동에 대한 특칙에서도 “재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중인 외국인 아동 및 보호자가 체류기간 연장허가를 ‘신청’한 경우에”만 체류기간의 연장을 허가할 수 있다고 규정되어 있다. 즉, 이주아동이 스스로 신청을 하지 않거나 부모 등 법정대리인이 출입국에 신청을 대리하지 않으면 학대 피해자인 이주아동의 체류자격의 연장이 자동으로 이루어지지 않게 되는 것이다. 성인에게도 쉽지 않은 출입국 관련 행정 업무를 아동 혼자 진행하기를 기대할 수는 없다.

실제로도 미성년자의 체류자격 관련 업무절차를 지원하는 법률이나 제도는 존재하지 않는다. 법무부는 정보공개청구 질의 회신에서도 ‘아동학대 피해자가 스스로 체류연장의 신청을 못하거나 혹은 보호자나 조력자의 도움 없이 스스로 체류자격을 신청해야 하는 상황에서, 해당 아동을 위한 별도의 지원 절차나 규정이 없다.’고 답하고 있다.<sup>136)</sup> ‘이 경우 주변에 보호를 해 줄 수 있는 사람이나 단체 등이 있는지 유무를 우선 확인한 후 자국민 보호업무를 수행하는 국내 외국공관에 연락하여 해당 아동이 도움을 받을 수 있도록 하고 있다’고 하나,<sup>137)</sup> 난민아동과 같이 국적국의 보호를 받지 못하는 경우에는 보호의 공백이 생길뿐더러, 이렇게 이주아동의 국적국에 보호의무를 전가하는 것은 영토 내 모든 아동의 권리를 보장하라는 국제 협약이나 아동 최상의 이익의 원칙에 부합하지 않는다.

부모 등 법정대리인이 학대의 가해자인 경우 문제는 더욱 심각해진다. 보통 아동학대 피해아동을 대리하여 체류자격의 신청을 연장하리라 기대되는 보호자는 그의 부모인데, 부모가 이주아동의 학대 가해자인 경우, 실질적으로 그 아동의 체류자격의 연장을 기대하기란 쉽지 않다. 아동보호전문기관이나 교육기관을 통해 아동학대가 발견되지 않는 이상, 인지되기도 어렵고 인지되더라도 자동적으로 체류자격이 연장되지 않고 신청을 전제로 한 현행 제도에서 부모 등 법정대리인의 출입국 신청 등 제반 업무의 미이행 시 학대 피해자인 아동이 독립적인 체류자격을 얻을 가능성은 극히 희박해진다. 위 규정에서 2순위 신청의무자로 정해져 있는 ‘사실상의 부양자’라는 개념 역시 불확정적이다.

이런 상황에서 학대 피해 이주아동을 발견한 아동보호전문기관, 보호시설, 교육기관, 그리고 수사 기관에서는 이주아동에 대한 학대 사건을 접한 경험이 적어 적절한 체류자격 행정절차 지원을 하지 못하는 경우도 발생한다.

136) 법무부 체류관리과, 앞의 글.

137) 위의 글.

나아가, 아동이 출생 시부터 미등록이거나 체류자격이 있었더라도 여러 사유로 체류자격이 박탈되어 미등록이 되었을 때에는 문제는 해결이 매우 어려워진다. 왜냐하면, 미등록 아동의 경우는 학대 사례를 발견하기 어려울 뿐만 아니라, 발견되더라도 체류자격의 부존재로 공적인 복지제도의 대상이 안 되는 경우가 많기 때문이다. 실제로 다음과 같은 사례를 언론을 통해 확인할 수 있으며, 아직 발견되지 못한 사례가 더욱 많을 것이라 추정된다.

#### 〈학대 피해 이주 아동의 피해 유형 및 사례〉

피해 유형	사례
외국국적으로 인해 보호시설에 장기 입소를 하지 못하거나 지원을 받지 못 하는 유형	친부로부터 학대 피해를 받고 친모와의 관계가 단절된 중국국적의 중도 입국 청소년이 귀화 절차 및 체류자격 절차를 지원받지 못 해 보호시설에 장기 입소를 못 하고 학대 가정으로 복귀한 사례 <sup>138)</sup>
	지적장애를 가진 친모로부터 방임을 당하고 계부로부터 성폭행을 당 해온 피해 이주아동이 외국국적이라는 이유로 시설 입소가 쉽지 않고, 입소한 곳에서도 생계비와 의료비지원을 받지 못한 사례 <sup>139)140)</sup>
	친모로부터 학대 및 방임을 당했던 이주아동에 대하여 이주아동을 위한 별도의 지원시설이 없어, 아동보호전문기관을 통해 보호하려 했지만 한국국적이 아닌 해당 아동을 보호하려는 아동쉼터가 없어, 비인가 쉼터에 해당 피해아동을 위탁한 사례 <sup>141)</sup>
의료보험의 혜택을 받지 못해 아동학대 피해를 회복하지 못하는 유형	학대 피해를 받아 장기가 파열되는 등 상해를 입은 미등록 이주아동이 미등록 외국인으로서 의료보험의 혜택을 받지 못해 고액의 치료비를 부담하게 될 뻔한 사례 <sup>142)</sup>
미등록 아동으로서 방임되어 적절한 행정절차 지원을 받지 못하는 유형	무국적이 된 미등록 이주아동이 보호자에 의해 방임되고 있어 보호시설에서 보호하고 있었지만, 후속 조치를 취하지 않아 피해 아동에게 불법체류 명목으로 범칙금과 과태료가 부과되고 체류자격이 부여되지 않은 사례 <sup>143)</sup>

138) 이해인, 앞의 글.

139) 윤성호, “학대 피해를 당해도 갈 곳 없는 이주아동”, 오마이뉴스 (2019. 5. 3.).

140) 이 사례의 경우, 피해 이주아동은 성폭행 가해자인 계부의 미성년 동반 자녀로 비자를 받아 국내 체류 중이었는데, 계부가 징역형으로 강제추방을 당할 경우, 더 이상 비자를 연장할 수 없고 계부와 함께 본국으로 돌아가야 하는 상황에 처해있었다. 만일 특칙인 제25조의4로 인해 형사절차가 종료될 때까지 체류자격이 연장될지라도, 법무부의 정보공개청구 회신내용에 따르면, 형사절차 종료 시까지만 연장될 가능성이 높으며, 피해아동의 복리를 위한 실질적인 분리나 체류자격 보장이 제대로 이루어지지 않을 가능성도 매우 높다.

141) 윤성호, 위의 글.

142) 이재호, “학대 피해 미등록 아동 보듬어주는 법이 없다”, 한겨레, (2020. 11. 17.).

143) 나익준, “부모의 부재…무국적자 된 이주아동의 체류자격 신청기”, 오마이뉴스 (2020. 10. 31.).

## 다. 해외 사례

### (1) 미국

미국은 학대 피해자인 이주아동을 위해 ‘특별 이민 아동 지위(Special Immigrant Juvenile Status)’라는 체류자격을 부여한다. 미국 이민 및 국적법 제101조(a)(27)은 (i) 미국 내 소년법원이 보호 중인 아동, 또는 법원의 명령에 의해 기관, 정부 부처, 개인 등이 보호하는 아동에 대해 해당 아동이 학대, 방임, 유기 등의 이유로 부모 중 한 명 또는 부모 모두와 재결합이 불가능한 경우, (ii) 행정 또는 사법 절차에 의해 해당 아동의 부모의 국적국 또는 거주국으로의 귀환이 아동 최상의 원칙에 해당하지 않는 경우, 해당 아동에게 ‘특별 이민(Special Immigrant)’체류자격을 부여한다. 이 때 특별 이민 아동 지위를 취득하기 위해서 아동은 ① 만 21세이며 미혼이고, ② 학대, 방임, 유기당한 상태이며 그로 인해 부모와의 재결합이 불가능해야 하고 ③ 아동은 장기간 위탁가정이나 후견인 등의 보호아래 있어야 하고 ④ 미국 외 다른 국가에서 양육되는 것이 아동 최상의 원칙에 반해야 한다.<sup>144)</sup>

### (2) 캐나다

캐나다의 이주아동 보호체계에서 가장 주목할 만한 것은 위에서 살펴본 바와 같이 이민 및 난민 보호법(Immigration and Refugee Protection Act 2001)에 아동 최상의 이익을 고려하는 명시적인 규정이 있다는 점이다. 따라서 학대를 당한 이주 아동의 경우, 적절한 체류자격을 취득할 요건이 충족되지 않는다고 하더라도, 그 아동이 캐나다에 머무는 것이 그 아동의 최상의 이익에 해당하는 경우에는 영주권을 부여받을 수 있다. 특히 “이례적이고 자신의 책임으로부터 기인하지 않거나(undeserved), 과도한 고난”이라는 영주권 부여 요건 해석을 아동의 권리 보호 측면에서 완화하여 “아동이 겪는 어려움은 어떠한 경우에도 자신의 책임으로부터 기인하지 않았다”는 점을 강조한 캐나다 대법원의 판결도 학대 피해 사실에 대한 평가에 적극적으로 반영될 수 있으리라 생각된다.

아동 최상의 이익을 참작하는 행정은 체류자격뿐 아니라 학대 피해 이주아동에 대한 지원까지 이어진다. 예를 들어 온타리오주에서는 이주아동이 학대 피해 아동과 같은 요보호 아동으로 발견되었을 때, 출입국 관련 문제를 비롯하여 어떻게 적절한 지원을 해주어야 하는지 종합적인 가이드라인을 마련하고 있다.<sup>145)</sup>

144) 고지운 외 2인, 학대 피해 이주아동 보호체계 개선방안 마련을 위한 비교법 연구, 서울지방변호사회 공익인권 분야 연구 결과 발표회, 2017, 132~133.

### (3) 영국

영국에서는 미등록 아동일지라도 요보호 아동<sup>146)</sup>으로 판명될 경우, 해당 아동에게 단기 체류 자격이 부여된다. 향후에 본국에 귀국할 가능성이 있다면 12개월, 이러한 가능성이 없다면 4년의 체류기간을 부여한다. 만일 4년 뒤에도 귀국할 가능성이 없다면 무기한 체류 자격이 주어진다.<sup>147)</sup> 또 아동에 대한 체류자격을 부여할 때, 전문가가 해당 아동이 영국에서 체류하는 것이 아동의 이익에 부합한다고 의견을 제출하면 당국은 이러한 의견을 반영해야 한다.<sup>148)</sup> 나아가 학대 피해자인 아동에 대한 지원은 이주 아동과 영국 국적의 아동을 구분하지 않고 있어 아동 보호와 관련된 모든 복지 서비스를 이주배경 아동에게도 동일하게 제공할 수 있다.<sup>149)</sup>

### 라. 국가인권위원회 권고

국가인권위원회에서는 2017. 12. 28. 결정을 통해 관계부처에 학대 피해 이주아동 보호를 위한 제도개선을 권고하였다. 법무부 장관에게는 학대 피해 이주아동에게 체류자격을 부여하거나 연장하는 내용으로 출입국관리법에 특칙 조항을 신설할 것을, 보건복지부 장관에게는 학대 피해 이주아동에 대한 보호조치를 의무화하도록 사업 지침을 개정하고, 아동복지시설장이 이주아동의 입소를 거부할 수 없도록 법률근거를 마련하고, 이 경우 적정한 비용을 해당 시설에 지원하는 방안을 마련할 것을 권고하였다. 이에 법무부는 권고를 수용하여 출입국관리법 제25조의4(아동학대 피해자에 대한 특칙)을 마련하였으나 위에서 살폈듯이 이에 대한 구체적인 지침이나 실무례는 찾아보기 어렵다. 보건복지부의 경우, 예산 등의 이유로 권고 불수용 의사를 밝혔으며 따라서 학대 피해 이주 아동이 시설 입소를 거부당하거나 적정한 비용 지원을 받지 못하는 문제는 해결되지 않고 있다.<sup>150)</sup>

145) Ontario Association of Children's Aid Societies, Immigration Status Matters: a guide to addressing immigration status issues for children and youth in care, 2014.

146) 영국의 아동법상 요보호 아동은 '심각한 위해(significant harm)'를 받는 아동으로 해당 아동법은 요보호 아동에게 가해진 위해의 정도를 판단하기 위해 아동에 대한 학대, 아동의 건강, 발달 상태, 가정 폭력 등을 종합적으로 고려할 것을 명시하고 있다. 고지운 외 2인, 위의 글 143.

147) Para. 8, Annexe M, Chap. 8 Section 5A, Immigration Directorate Instructions, July 2012.

148) 고지운 외 2인, 위의 글, 147.

149) 고지운 외 2인, 위의 글, 144.

150) 오수진, "갈 곳이 없어요" 학대 피해 이주아동의 눈물, 매일경제, (2019. 4. 6.).

## 마. 문제점 및 제도 개선 방향

현행 제도에서 학대 피해 이주아동에 대한 체류연장의 특칙이 있고 ‘성폭력피해자 등 인도적 고려가 필요한 사람(G-1-11)’에게 부여하는 체류자격이 존재하지만 이는 아동 최상의 이익의 관점에서 피해학대아동의 권리를 충분히 보장해줄 수 있다고 평가하기 어렵다. 따라서 다음과 같은 방향의 제도 개선이 필요하다.

먼저, 아동학대 피해자인 아동에게 부여될 수 있는 체류자격의 종류를 명확히 할 필요가 있다. 현행법, 시행령, 시행규칙 및 지침을 보았을 때 법 제25조의4의 특칙에 따르면 이는 현재 가지고 있는 체류자격의 연장만 가능할 뿐 학대 피해 이주아동에게 별도로 부여될 수 있는 체류자격이 정확히 무엇인지 불분명하다는 문제점이 있다. 또한 그 연장의 부여 조건도 불분명하다. 만일 법무부의 회신처럼 범죄 피해자로서의 체류자격을 부여받거나, 아동학대 피해자로서 체류자격을 부여받기 위해서 반드시 민·형사상의 구제절차를 밟아야 한다면, 매우 제한된 범위의 학대 피해 이주아동만 체류자격을 받을 수 있게 된다. 따라서 해외사례를 참고하여 아동학대 피해자에 대해 부여할 수 있는 명확한 체류자격을 정의할 필요가 있다. 특히, 영주권 부여하는 판단 과정에서 ‘아동 최상의 이익을’을 고려하도록 명시한 캐나다의 경우는 명시된 요건에만 제한되지 않고 아동의 이익을 위한 폭넓은 판단을 할 수 있는 여지를 확보한다는 점에서 특기할 만하다.

두 번째, 학대 피해 이주아동의 체류자격업무를 대리하거나 지원해야 하는 규정을 마련할 필요가 있다. 현행 특칙이나 체류자격 지침들이 모두 당사자의 신청을 전제로 하고 있으므로 특별한 지원이 없으면 이주아동은 사실상 스스로 체류자격 문제를 해결할 수 없다. 특히, 이주아동의 체류자격의 업무를 대리하거나 지원해야 할 그 부모나 보호자 등 법정대리인이 해당 아동에 대한 학대가 해자일 경우 문제는 더 커진다. 따라서 2순위 신청의무자의 범위를 넓히거나 이주 아동이 학대 피해자인 경우, 아동보호시설 등을 통해 적절한 지원을 받을 수 있도록 제도를 개선할 필요가 있다.

마지막으로 학대 피해 이주아동이 그 권리를 온전히 회복할 수 있도록 장기 체류자격의 마련이 필요하다. 현행 아동학대 피해자 특칙이나 G-1-11 체류자격은 모두 임시적으로만 그 권리가 보장된다. 해당 규정은 안정적인 체류자격을 주는 것이 아니라 ‘권리구제 절차가 종료될 때까지’의 연장을 원칙으로 하고 있으며, 권리구제절차가 종료되면 더 이상 연장을 할 수가 없다.<sup>151)</sup> 아동의

151) 법무부의 내부지침인 사증·체류자격 업무매뉴얼에 의하면 G-1-11체류자격으로 변경하기 위해서는 ‘소송관련 서류 등 권리구제 입증서류’를 제출하도록 요구하고 있는바, 실무상으로는 해당 입증서류는 소계속증명원, 사건 사고사실확인원, 고소장접수증명원 등 현재 사법절차 및 형사절차가 진행 중인 경우에 연장을 허가하고 해당 절차가 종료되면 체류자격 연장을 허가하지 않아, 피해 회복과정에 추가적으로 필요한 체류는 충분히 허용되지 않는 실정이다. (법무부출입국외국인정책본부 사증·체류자격 업무 매뉴얼 참조.)

건강한 발달을 위해서는 안정적인 성장 및 체류 환경이 필수적으로 요구된다는 점에 비추어 본다면 이러한 현행 제도와 정책은 아동 최상의 이익에 부합하지 않는다. 영국의 사례처럼 아동 최상의 이익 및 아동이 처한 상황을 고려하여 장기체류자격을 부여할 수 있는 방안을 세부적으로 마련할 필요가 있다.

## 5 장기체류 미등록 이주아동의 체류권 부여

### 가. 장기체류 미등록 이주아동 현황

미등록 이주 아동은 미등록이 된 경위나 미등록으로 지낸 기간에 따라서 그 유형이 매우 다양하다. 이들 중 많은 수는 외국인 등록 외에도 출생등록 자체를 하지 못하는 중첩된 취약성을 가지는 경우가 많다. 미등록 외국인인 아동의 부모가 본국 대사관에서 출생신고를 시도하더라도, 체류자격이 없다는 이유로 반려되거나 과도한 비용을 요구하는 경우가 확인된다.<sup>152)</sup> 장기체류 미등록 이주아동이 겪는 문제의 가장 큰 특징은 사실상 이들의 생활기반과 사회적기반이 모두 한국에서 형성되었다는 점이다. 위에서 보았듯이 아동이 미등록 상태가 되는 경위는 매우 다양하지만, 이들은 거의 모두 유년시절을 한국에서 보냈거나 처음부터 한국에서 태어나 살기 시작하면서 대한민국의 초·중·고등학교 교과과정을 이수하며 성장했고, 대한민국의 언어, 풍습, 문화, 생활환경 등에서 정체성을 형성하고 있다는 점에 주목해야 한다.<sup>153)</sup> 즉, 이들을 단순히 외국인으로만 취급하여 체류권의 부여 여부를 판단하는 것은 이들의 기본권을 심대히 침해하게 될 여지가 있으며, 이는 아동 최상의 이익 원칙에도 부합하지 않는 것이다.

### 나. 체류자격 부재로 인한 문제점

체류 자격의 존재 의미는 단지, 체류를 할 수 있는 자격이 주어지거나 강제퇴거를 당하지 않는 것 이상으로, 대한민국에서 기본권을 누리기 위한 실질적인 토대가 된다. 외국인으로서 보장받을 건강권(의료보험 등), 노동권(노동 관련 보험제도 등), 사회권(교육을 받을 권리, 안전할 권리, 사회보장제도 등) 등의 권리를 보장받기 위해서는 적법한 체류자격이 있어야 하고 그를 기반으로 한

152) 김철호 외4, 이주배경아동의 출생등록, 세이브더칠드런, 2013.

153) 국가인권위원회, 19진정0703100 결정, 2020

신원보증이 있어야 위 권리들을 보장받을 수 있기 때문이다. 즉, 아무리 선언적으로 인간의 권리가 보장된다고 하더라도, 충분한 체류권이 보장되지 않는 한, 강제퇴거, 처벌 및 행정 절차상 거부 등으로 인해 사실상 권리를 보장받을 수 없게 된다.

미등록 이주아동은 이런 상황에서 더욱 취약하다. 가장 큰 문제는 장기체류 미등록 이주아동들은 어떠한 방편없이 일괄적으로 강제퇴거 처분을 받고 있다는 점이다. 위에서 살펴본 것처럼 장기체류 미등록 이주아동에 대해서 초중고 재학 중에는 법무부 내부지침에 의해서 강제퇴거를 유예하나, 졸업 이후에는 일괄적으로 강제퇴거처분을 하는 것을 바꾸지 않고 있다. 그리고 이 때, 어떠한 대안적인 체류자격 부여의 여지나 지침은 부재한 상황이다.

이런 상황에서 미등록 이주아동은 적법한 체류자격도 없고 신원을 보장하는 등록번호 등도 부여되지 않아 각종 기본권들이 보장되지 않는다. 미등록 이주아동은 의료보험에 가입할 수 없어 필수적인 예방접종 이외의 모든 병원 진료 비용은 보험수가가 적용되지 않는 비용을 지불하여야 한다. 또 취학통지서를 발급되지 않는 것은 물론, 일선 학교 현장에서 미등록 이주아동을 입학시킬 의무가 있는 것도 아니고 사례에 대해서 잘 알지 못해 적절한 시기에 교육을 받거나 학교에 진학하지 못하는 경우도 발생한다.<sup>154)</sup> 또 복지지원 등에서도 소외될 수밖에 없다. 대부분의 사회보장 제도나 지원정책들의 실무가 의료보험, 학적 등록 등을 기준으로 지급이 되기 때문에 미등록 이주아동은 나이 등 요건이 해당될지라도 위와 같은 혜택의 수혜자가 될 수 없다. 나아가, 불안정한 체류자격으로 언제 강제퇴거를 당할지 모른다는 불안감, 성인이 되면 평생 살아온 곳에서 강제출국을 해야 하는 상황 등에서 기인하는 불안감과 무력감은 미등록 이주아동의 생애발달주기에 거쳐 지속적인 심리적인 악영향을 끼치게 된다.

자신의 의사결정을 할 수 있는 성인과 달리, 대부분의 장기체류 미등록 이주아동은 자신의 의사로 대한민국에서 체류하는 것도 아니라는 점, 그리고 국적국의 언어를 전혀 구사하지 못하고 국적국의 문화와 사회가 생소하여 적응이 어려운 점, 모든 생활적 기반을 대한민국에서 형성하고 한국 사회에 동화되었다는 점 등을 고려하면, 이 아동들을 국적국으로 송환시키는 것도 현실적인 선택지가 될 수 없다. 즉, 아동의 상황과 온전한 발달을 고려하여 그 기본권을 보장할 수 있는 체류자격이 보장하는 방안이 필요한 것이다.

154) 교육부에서는 ‘다문화 학생을 위한 학적관리 매뉴얼’의 제작 및 배포를 통해 미등록 이주아동도 학교에서 학적 관리가 가능하다는 점을 명시하고 있다. 그러나 실제 실태조사에 따르면, 이러한 사실을 실무적으로 모르거나 혹은 반드시 외국인 아동을 받을 의무가 없다는 이유로 학교에서 입학이나 전학을 거부하는 사례들이 빈번하게 발생한다는 것으로 조사되고 있다. 다문화 학생을 위한 학적관리 매뉴얼, 2019.

## 다. 해외 사례

다수의 국가들은 여러가지 형태로 미등록 이주아동의 체류를 보장하게 하거나 국적을 부여하는 정책 및 제도를 두고 있고, 이때 체류국과의 통합 정도, 국적국 또는 제3국과의 관계, 가족생활의 분리, 양육환경, 교육환경, 거주기간 등을 종합적으로 고려한다. 영국에서 출생한 사람은 출생한 후부터 10년을 영국에서 거주한 경우 영국 국적을 취득할 수 있다.<sup>155)</sup> 프랑스에서 출생한 사람 중 11세 이후 5년 이상 거주한 아동의 경우 18세가 된 사람은 프랑스 국적을 취득할 수 있으며,<sup>156)</sup> 호주에서 태어난 때로부터 10년 동안 호주에서 통상적으로 거주한 사람은 호주 국적을 취득할 수 있다.<sup>157)</sup>

국적과 무관하게 일정 조건을 충족한다면 체류자격을 부여하는 방식으로 미등록 이주아동을 정규화하는 사례들도 다수 있다. 프랑스에서는 18세 미만의 아동에 대해서는 외국인 등록 의무를 부과하지 않는다. 아동이라면 원칙적으로 강제되지 대상이 되지 않고, 교육권과 건강권을 제한 없이 향유할 수 있는 것이다. 프랑스에서는 체류자격을 부여할 수 있는 조건을 다양하게 정하고 있다. 프랑스 출생 후 10세까지 계속 거주하고 5년간 공교육을 이수한 16세~21세 연력을 가진 사람, 13세 이후 프랑스에서 상시 거주하고 부모 또는 부 또는 모와 함께 거주하고 있는 19세 미만의 사람, 16세 미만에 미동반 아동으로 보호받으며 공교육 이수 중인 18세 미만의 사람, 13세~16세 사이에 프랑스에 입국하여 2년 이상 공교육을 이수한 19세 미만의 사람, 그 외 공교육 성실 이수 등을 이유로 유학 비자를 받을 수 있는 사람에 대해서는 체류자격을 부여한다. 이 때, 행정청은 아동의 프랑스에서의 생활 기간 및 안정성, 프랑스 사회에 대한 이해도와 사회 통합 정도, 출신국내 가족과의 관계 등을 고려해 재량없이 임시 체류자격을 부여한다.<sup>158)</sup>

독일은 체류법에 “잘 통합된 청소년과 청년을 위한 체류자격 부여” 조항을 두어 특정한 요건을 가진 미등록 이주아동에게 임시체류자격을 부여한다. 부여 요건은 관용지위 또는 난민신청에 따른 체류 지위를 가지고 4년을 연속하여 독일에서 체류하고, 4년간 의무교육 또는 이에 준하는 교육을 이수한 21세 미만의 사람이다. 이때, 장차 독일 사회에 통합될 수 있는지 여부(4년 간 독일에서 교육을 이수하는 것으로 사회 통합 가능성이 인정된다.), 독일의 자유민주주의 질서를 준수할 것, 또 허위 정보 제공 사실이 없을 것(단, 자녀는 부모의 허위 정보제공 행위에 의한 불이익을 받지 않는다)등을 종합적으로 고려한다. 이 때, 임시 체류자격을 부여받은 아동의 부모는 강

155) British Nationality Act 1981 s1(7).

156) Code Civil, 21-7.,

157) The Australian Citizenship Act 2007, 12, 1, (b).

158) Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile(CESEDA), L.311-11, L311-17 1.

제퇴거가 유예되며, 일정 요건을 충족하면 행정청의 재량으로 임시 체류자격을 부여받을 수 있다.<sup>159)</sup>

영국에서는 18세 미만의 아동이 최소 7년 이상 영국에 계속 거주하였고, 이 아동이 영국을 떠나는 것이 불합리한 경우(출신국과의 유대관계, 영국과의 유대관계, 영국과의 유대관계, 가족관계, 교육 등을 고려)에 체류자격 신청이 가능하다. 이는 체류자격이 없는 아동에게도 적용된다. 법원은 7년 계속 거주 요건이 충족되었다면 정부는 ‘강력한 불허사유(powerful reasons)’를 입증하지 않는 한 체류자격을 부여해야 하며, 부모의 일반적 이민법 위반 사실은 이러한 ‘강력한 불허사유’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또, 18세~25세 청년이 인생의 절반을 영국에서 거주한 경우에도 체류자격을 신청할 수 있다.<sup>160)</sup>

2021년 「미국의 꿈과 약속법 (American Dream and Promise Act)」이 미국 의회 하원을 통과하였다. 이 법은 미등록 이주민 및 그 자녀의 정규화를 보장하는 것을 골자로 하여, 4년 이상 연속적으로 체류하고 18세 미만 연령으로 입국한 청소년이며, 고등학교를 이수하거나 졸업하고 범죄 처벌 사실이 없는 사람에 대하여 체류자격을 부여하는 내용을 담고 있다.<sup>161)</sup> 아직 심의 중이기는 하지만, 해당 법안이 통과가 된다면, 미등록 이주아동에 대한 체류권이 보장될 수 있을 것이라 기대된다.

위의 내용을 포함하여 주요 선진국들의 정책을 일별하면 다음과 같다.<sup>162)</sup>

국가	체류자격 부여 요건	비고
프랑스	다음의 사유 중 1개의 사유를 충족하면 체류자격 부여 가능 프랑스 출생 후 10세까지 계속 거주 + 5년간 공교육 이수 + 16세 ~21세 연령 13세 이후 상시 거주 + 부모 또는 부 또는 모와 거주 + 19세 미만 연령 16세 미만에 미동반 아동으로 보호 + 공식 교육 이수 중 + 18세 미만 연령 13세~16세 사이에 프랑스 입국 + 2년 이상 공교육 이수 + 부모 또는 부 또는 모와 거주 + 19세 미만 연령 그 외 공교육 성실 이수 등을 이유로 유학 비자 발급 가능	18세 미만은 외국인 등록 의무 없음

159) Aufenthaltsgesetz, 25a(1).

160) Immigration Rules 276ADE(1).

161) Migration Policy Institute, American Dream and Promise Act of 2021: Who Is Potentially Eligible? (2021.3.)  
<https://www.migrationpolicy.org/content/american-dream-and-promise-act-2021-eligibility>  
(2021.3.30. 확인)

162) 이주민건강협회 희망의친구들, 미등록 이주아동의 체류권 실태조사 보고서, 2019.

국가	체류자격 부여 요건	비고
프랑스	<p>‘강제퇴거가 사실상 불가능하거나 학교 재학 중인 점 등의 이유로 임시 체류자격 부여 (관용 지위)</p> <p>다음의 사유를 모두 충족하면 체류자격 부여 가능</p> <p>관용 지위 또는 난민신청에 따른 체류 지위를 가지고 4년을 연속하여 독일에서 체류</p> <p>4년간의 의무교육 또는 이에 준하는 교육 이수</p> <p>21세 미만의 연령</p> <p>장차 독일 사회에 통합될 것으로 기대 (4년간 교육 이수로 일반적으로 사회 통합가능성 인정됨)</p> <p>독일의 자유민주주의적 질서를 준수하지 않을 것이라는 명확한 근거가 없을 것</p> <p>신청자 또는 부모의 신원 혹은 국적에 대한 허위 정보 제공 사실 없음(단, 자녀는 부모의 허위 정보 제공 행위에 의한 불이익을 받지 아니함).</p>	관용지위가 연속 갱신되는 경우 빈번
영국	<p>다음의 사유 중 1개의 사유를 충족하면 체류자격 부여 가능</p> <p>18세 미만 아동이 최소 7년 동안 영국에서 계속 거주 + 강제퇴거가 불합리한 경우(출신국과의 유대관계, 영국과의 유대관계, 가족관계, 친교관계, 교육 등을 고려)</p> <p>18세~25세 청년이 인생의 절반 이상을 영국에서 거주한 경우</p>	심사 시 아동 최상의 이익 고려
미국 (발의 단계)	<p>4년 이상 연속적으로 체류</p> <p>18세 미만의 연령으로 입국</p> <p>고등학교 교육 이수 또는 졸업</p> <p>범죄 처벌 사실이 있는 외국인인 원칙적으로 배제</p>	American Dream and Promise Act

## 라. 조약기구 및 국가인권위원회 권고

자유권규약 제12조 제4항은 ‘어느 누구도 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다’고 규정하여 “본국에 입국할 권리”를 보장하고 있다. 이 조항에 대해 자유권규약위원회는 일반논평을 통해 ‘이는 국적과 무관하게 모든 사람에게 적용되며, 어느 국가와의 특별한 관계 또는 권리로 인해 일반적인 외국인으로 볼 수 없는 사람까지 이 조항에 의해 목적국가에 입국할 권리가 보호될 여지가 있다’고 해석하면서, ‘장기간의 거주, 밀접한 개인적 및 가족 관계, 계속 체류하고자 하는 의사, 타국과의 관계가 없다는 점’ 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다고 밝힌 바 있다.<sup>163)</sup>

또한 2017년 유엔 아동권리위원회와 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회가 채택한 일반논평에 따르면, 이주아동과 그 가족의 강제추방이 가족 및 사생활에 대한 권리의 자의적 간섭에 해당되는 경우에도 보호되어야 하며, 특히 이주아동이 해당 국가에서 출생하거나 장기간 거주

163) 자유권규약위원회, 제12조 이동과 거주에 대한 일반논평 27호 (1999), 제20항.

한 경우, 또는 부모의 출신국으로 돌아가는 것이 아동의 최선의 이익에 위배되는 경우에 자녀와 함께 비정규적 상황에서 거주하는 이주민들에게 정규 지위를 획득할 수 있는 경로를 제공할 것을 각국에 권고한 바 있다. 이러한 관점에서 2019년, 유엔 아동권리위원회는 제5~6차 국가보고서에 대한 심의 진행 후 발표한 최종견해를 통해 한국 정부에 장기거주 이주아동의 정규화를 권고하였다.

#### 마. 문제점 및 제도개선 방향

이렇듯 안정적으로 체류할 권리는 이주아동들이 아동으로서 당연히 보장받아야 할 권리로서, 부모로부터 분리되지 않을 권리와 함께 아동의 인권의 관점에서 접근되어야 할 것이다. 국내에서 일정 기간 거주하며 공교육 이수 등 국내 사회·문화와의 통합이 우려된다는 특별한 사유가 없다면 안정적으로 교육을 이수할 수 있도록 체류자격을 부여하고, 이후 대학 진학 및 취업이 가능하도록 변경을 허용할 필요가 있다. 그 외에도 국내에서의 가족관계, 국내에서의 사회적 기반의 형성, 국적국과의 관계 단절 등을 고려하여 체류자격을 부여하는 것이 아동 최선의 이익에 부합하는 경우, 외국인에 대한 체류자격 부여를 허용하는 것이 바람직하다. 아동의 보호자에 대해서도 아동의 양육에 필요한 범위 내에서 강제퇴거를 유예하거나 체류자격을 부여하여야 한다. 미등록 이주민을 출입국·외국인청에 통지하여야 하는 공무원의 통보의무(출입국관리법 제84조)의 적용을 면제하는 것이 실효적인 제도 운영을 위해 필요하다.

## 6 처분단계 및 사법절차 중 절차적 권리의 보장

### 가. 출입국 행정 처분 및 사법절차 개관

#### (1) 체류자격의 부여·연장·변경 불허처분

체류자격의 부여, 연장 및 변경은 모두 행정청인 출입국·외국인청의 허가사항이다. 체류자격의 부여란 대한민국에서 출생하여 체류자격을 가지지 못하고 체류하거나, 대한민국에서 체류하는 중에 대한민국의 국적을 상실하거나 국적을 이탈하는 등 그 밖의 사유로 체류자격을 가지지 못하고 체류하게 되는 외국인에게 새로이 체류자격을 부여하는 것을 말한다(출입국관리법 제23조). 이는 체류자격을 가진 상태에서 입국한 외국인의 경우와는 구별된다. 체류자격의 변경이란 대한민국에

체류하는 외국인이 그 체류자격과는 다른 체류자격에 해당하는 활동을 하기 위하여 종전의 체류 자격을 변경하는 것을 말한다(동법 제24조). 체류자격의 연장은 당초에 부여하였던 체류기간의 범위를 초과하여 대한민국에서 체류할 수 있도록 새로운 체류기간을 부여하는 것을 말한다(동법 제25조).

체류자격의 부여, 연장 및 변경의 허가에 관하여, 법원은 대체로 처분청의 재량행위라는 입장을 취한다. 대법원은 체류자격 변경에 관하여 처분청의 허가를 요하며, 이는 설권적 처분의 성격을 가지므로 신청인의 적격성, 체류 목적, 공익상의 영향 등을 참작하여 허가 여부를 결정할 수 있는 재량을 가진다<sup>164)</sup>고 판시하였고, 다수의 하급심 판례는 체류자격의 연장 허가가 외국인에게 대한 민국에서 체류할 수 있는 확정된 권리를 설정하여 주는 설권행위로서 국내의 사정 등을 고려하여 합목적적으로 판단할 재량행위에 해당한다고 판시하고 있다.<sup>165)</sup>

## (2) 체류자격 관련 허가의 신청 의무자

체류자격의 부여, 연장, 변경허가의 신청에 관하여, 출입국관리법은 체류자격을 받거나 변경, 연장 허가를 하여야 할 사람이 17세 미만인 경우 본인이 그 허가 등의 신청을 하지 아니하면 그의 부모나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사람이 그 신청을 하여야 한다고 규정하고 있다(출입국관리법 제79조). 미성년자의 체류자격 관련 허가 신청은 부 또는 모, 사실상의 부양자, 형제자매, 신원보증인, 그 밖의 동거인의 순으로 의무자가 된다(동법 시행령 제89조). 이를 위반한 경우 100만원 이하의 과태료를 부과한다(동법 제100조 제2항 제2호).

따라서, 현행 출입국관리법은 미성년자는 본인의 체류자격에 관한 허가 신청권을 스스로 행사할 수 있으나, 이를 행사하지 않는 경우에 그 보호자가 미성년자 당사자의 이익을 위해 체류자격 관련 처분의 허가 신청을 의무화하여 미성년자의 체류에 관련 이익을 보호하고 있다.

## 나. 불허처분에 대한 불복절차

### (1) 이의신청

민원 처리에 관한 법률(이하 “민원처리법”)은 법정민원(법령·훈령·예규·고시·자치법규 등에서 정한 일정 요건에 따라 인가·허가·승인·특허·면허 등을 신청하거나 장부·대장 등에 등록·등재

164) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두48846 판결.

165) 인천지방법원 2013. 5. 9. 선고 2012구합5392 판결 등

를 신청 또는 신고하거나 특정한 사실 또는 법률관계에 관한 확인 또는 증명을 신청하는 민원)에 대하여 행정기관의 장의 거부처분에 불복하는 민원인은 그 거부처분을 받은 날부터 60일 이내에 그 행정기관의 장에게 문서로 이의신청을 할 수 있다고 규정하고 있다(제35조). 이러한 민원처리법상 이의신청에 관한 규정은 출입국관리법 등 이민행정법상 체류자격의 부여, 연장, 변경 등의 허가를 신청하는 민원에도 일반적으로 적용된다. 한편 이민행정법상 ‘이의신청’ 절차를 별도로 마련한 경우는 출입국관리법상 ‘강제퇴거명령, 보호명령, 출국금지결정, 출국금지기간 연장결정’에 대한 이의신청과, 난민법상 ‘난민불인정결정, 난민인정 취소·철회’에 대한 이의신청이 있다.

## (2) 행정심판

행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위에 대해서는 행정심판법에 따른 행정심판 절차로 다룰 수 있다. 이민행정에 관한 처분 또는 부작위 역시 행정심판법으로 다룰 수 있으며, 출입국관리법상 주요 침익적 처분들, 가령 ‘체류기간 연장 불허처분’, ‘체류자격 변경 불허처분’, ‘출국권고’, ‘출국명령’에 대하여는 행정심판법에 따른 행정심판(취소심판, 무효 등 확인심판, 의무이행심판)으로 다루어지고 있다.<sup>166)</sup>

## (3) 행정소송

체류기간의 부여, 연장 및 변경에 대하여 불허 처분을 한 경우, 또는 이러한 처분에 대하여 행정심판을 제기하여 기각 재결을 받은 경우, 이는 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결’로서 행정소송법상 항고소송의 대상이 된다(행정소송법 제2조 제1호, 제3조 및 제4조 참조).

행정소송에서 외국인의 원고적격에 대해, 대법원은 한국과의 실질적 관련성을 기준으로 하면서도, 적법한 입국 및 상당기간 체류 등의 사실을 기계적으로 판단 요소로 삼고 있다. 법원의 기준에 따르면 이 요건을 충족하지 못하는 외국인이 체류자격 관련 처분을 행정소송으로 다투지 못할 위험이 있으나, 아직까지 그러한 사례는 확인된 바 없다. 재외공관에서 사증발급을 신청한 외국인에게 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률적 이익이 있는지에 대하여 대법원은 ‘사증발급의 법적 성질, 출입국관리법의 입법 목적, 사증발급 신청인의 대한민국과의 실질적 관련성, 상

166) 김태환 외 4명, 한국형 이민행정 이의신청 개선안 마련 연구, 한국행정학회, 법무부 연구용역, 2018, 10.

호주의원칙 등을 고려하면, 우리 출입국관리법의 해석상 외국인에게는 사증발급 거부처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정되지 않는다'고 하여 각하 판결을 하였다.<sup>167)</sup> 해당 판결의 판단이유에서 대법원은 “반면, 국적법상 귀화불허가처분이나 출입국관리법상 체류자격변경 불허가처분, 강제퇴거명령 등을 다투는 외국인은 대한민국에 적법하게 입국하여 상당한 기간을 체류한 사람이므로, 이미 대한민국과의 실질적 관련성 내지 대한민국에서 법적으로 보호가치 있는 이해관계를 형성한 경우이어서, 해당 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 보아야 한다.”고 하여, 국내에서 체류자격의 부여, 연장 또는 변경의 허가를 신청하는 자에 대하여는 대한민국과의 실질적 관련성 내지 법적 보호가치 있는 이해관계가 있다고 보아 법률상 이익이 인정된다고 적시하였다.

#### 다. 문제점 및 제도개선 방향

##### (1) 미성년자의 소 제기 각하의 관행 개선

아동은 단독으로 소송행위의 주체가 될 수 없다. 이는 침익적 결과가 발생할 수도 있는 소송행위의 특성상 아동의 권리보호를 위하여 일응 타당하다. 그러나 구체적인 사안에서, 위 원칙은 아동의 소송행위에 대한 적절한 지원 없이 아동의 소송행위를 가로막는 효과만을 발생시키는 데 그침으로써 결과적으로 ‘아동 최상의 이익’을 침해하는 문제의 원인이 된다. 인천지방법원은 2018년 미성년자인 원고가 법정대리인 없이 단독으로 인천출입국·외국인청을 상대로 난민불인정처분의 취소를 청구하자 1회 변론기일 진행 후 소를 각하하였다.<sup>168)</sup> 미성년자는 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있다는 민사소송법 제55조의 규정을 근거로 원고에게 당사자능력이 없다고 본 것이다. 그러나 해당 청구의 내용이 난민인정심사절차의 연장선상이라고 볼 수 있는 난민 불인정 처분 취소소송이라는 점을 고려할 때, 미성년자인 원고의 소 제기에 관하여 현행 규정에 의하더라도 미성년자의 특별대리인 선임은 상대방의 신청 또는 법원의 직권으로 할 수 있음에도 불구하고 소의 부적법함을 이유로 소 각하 판결을 선고한 것은 ‘처분등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 소를 제기’(행정소송법 제20조)하여야 하는 행정소송의 특성상 특별대리인 선임 절차를 거쳐 다시 소 제기를 할 수도 없어 결국 출입국사무소의 난민불인정처분에 대해 다룰 수 없는 상황에 아동을 빠뜨리는 결과를 낳는다.

167) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두 42506 판결

168) 인천지법 2018. 8. 17. 선고 2018구합368 판결

## (2) 이민행정절차 및 관련 사법절차상 아동 최상의 이익 보장

앞서 살펴본 바와 같이, 아동권리협약 제12조는 아동이 자신의 견해를 표현하고 이를 의사결정 과정에 반영할 수 있도록 할 것을 규정하고 있다. 그 밖에도 ‘아동 최상의 이익’ 보장의무로부터 아동의 상황을 고려한 신속한 절차 진행, 법률 대리인을 선임할 권리 등 행정 및 사법 절차상 구체화 가능한 규정들이 존재할 수 있겠으나 현행 관련 법령에는 이러한 제도는 마련되어 있지 않다. 가령, 미성년자가 단독으로 원고가 되어 난민 불인정 처분에 대한 취소소송을 제기하는 경우, 미성년자의 특별대리인 선임 절차를 법원 또는 피고인 행정청에서 요구하면 발동할 수 있을 것이나 아동의 권리를 보다 두텁게 보호하기 위해서는 법원에서 미성년자에 대한 국선 대리인의 선임을 의무화할 수 있을 것이다. 출입국관리법상 아동의 체류자격 부여, 변경, 연장 등 허가 신청에 관하여도, 신청의무자의 범위가 지나치게 모호하여 신청의 의무가 존재하는지 여부를 판단하기 어렵고, 신청의무자가 체류자격의 연장 등 기간을 초과하여 체류자격이 만료된 경우 이를 직권으로 구제할 수 있는 근거가 부재하다. 결국 신청의무자의 의무 해태로 인하여 아동에게 체류자격의 만료 내지 체류자격의 미부여라는 불이익이 발생하는 경우 이러한 불안정한 위법 상태를 바로잡을 수 있는 절차적 방안이 존재하지 않아서, 해당 아동은 미등록 상태로 계속 살아가는 것 외에는 어떠한 선택지도 없는 상황에 놓인다.

## (3) 이민행정 및 사법 절차상 아동의 의견청취권 도입의 필요성

현행 가사소송규칙은 법원이 미성년자에 관한 사건을 처리함에 있어 자녀 또는 사건본인이 13세 이상인 경우에는 의견을 듣도록 규정하고 있으며(규칙 제18조의2), 가정법원에서는 실무상 자녀가 13세 미만인 경우에도 폭넓게 미성년 사건본인에 대한 의견청취를 하고 있다. 이는 친권자 지정 등 자의 양육에 관한 사항, 면접교섭, 성본변경, 친양자입양, 미성년후견 등 가정법원이 관할하고 있는 사건이 아동의 장래에 큰 영향을 미치기 때문이다. 가정법원은 ‘아동권리협약상 아동 이익 최우선의 원칙(제3조), 아동의 의견 존중(제12조), 아동 최선의 이익(Best Interest of Child) 등의 실현’을 목표로 위와 같이 미성년자의 의견 청취를 규정하고 있다.<sup>169)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이, 특히 미성년자가 본인의 체류자격 등 이민행정상 불이익한 처분에 대해 다투는 경우, 개인의 이익뿐만 아니라 피고인 행정청 역시 아동의 권리라는 공익성을 수호하여

169) 대법원, ‘가사사건의 미성년 사건본인 의견청취 가이드 제작’ 보도자료 (2020. 10. 29.).

<https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=1915&gubun=6>

야 하는 의무가 있는 기관이라는 점에서 사법 절차에서 아동 최상의 이익에서 파생되는 아동의 의견청취권이 보장되어야 한다. 가정법원에서의 친권자 지정 등의 사건 못지않게 아동이 대한민국에 적법하게 체류할 수 있는 권리를 보장받는 것이 아동의 생존, 발달, 교육 등 기초적인 권리를 행사할 수 있는지 여부를 결정하는 중요한 전제조건이기 때문이다.

#### (4) 아동 보호 목적 임시 후견인 선임 의무화

국내 출입국행정 절차상 17세 미만의 아동에 대해서는 부모 등 별도의 신청의무자가 규정되어 있으나 ‘사실상의 양육자’ 등 그 범위가 지나치게 모호하여 책임을 물을 수 없는 경우가 발생할 수 있고, 또 책임을 해태한 경우 그 결과의 부담은 아동이 고스란히 지게 된다는 점에서 부당하다. 따라서, 아동의 체류자격 등 허가신청 시 그 신청의무자의 범위를 명확히 하고, 필요한 경우 해당 신청 업무를 행할 수 있는 후견인 선임 절차를 마련함으로써 이주아동의 권리를 두텁게 보호할 수 있도록 하여야 한다.

#### (5) 사법절차상 특별대리인 선임 의무화

현행 민사소송법은 미성년자가 당사자인 경우 그 친족, 이해관계인, 지자체의 장 또는 검사가 법정 대리인이 없거나 법정대리인이 사실상 또는 법률상 장애로 대리권을 행사할 수 없는 경우, 법정대리인의 불성실하거나 미숙한 대리권 행사로 소송절차의 진행이 현저하게 방해받는 경우 등에는 소송절차의 지연으로 손해를 볼 염려가 있다는 것을 소명하여 주소법원에 특별대리인을 선임하여 주도록 신청할 수 있으며, 법원은 소송계속 후 필요하다고 인정하는 경우에는 직권으로 특별대리인을 선임, 개입하거나 해임할 수 있다고 규정하고 있다(법 제62조 제1항 내지 제2항). 해당 조항은 행정소송절차에도 준용된다.

아동이 난민지위의 불인정 처분에 대한 다툼, 자신의 체류자격에 관한 행정청의 불이익한 처분에 대한 다툼 등을 행하고자 할 때, 이를 본인이 소송능력 없음으로 원활히 수행하지 못하는 경우 그에 의한 불이익은 고스란히 아동 당사자가 받게 된다. 이는 사법절차상 아동 최상의 이익 원칙 실현에 반하는 것으로, 이에 대하여 특히 아동이 행정소송에서 원고인 경우 아동의 특별대리인 선임에 관한 법원의 직권 발동을 의무화하는 규정을 행정소송법에 신설하는 등 특히 아동이 이민행정처분에 대해 다투지 못하고 제소기간이 도과하는 등의 불이익을 받지 않도록 조치하여야 한다.

## 7 난민 관련 출입국처분

### 가. 개관

대한민국은 유엔 아동권리협약을 비준한 국가로, 국내의 모든 아동은 누구든지 아동 최상의 이익의 원칙에 따라 아동이라면 당연히 누려야 할 권리를 누려야 한다. 대한민국에 거주하는 난민 아동은 아동으로서 가지고 있는 특별한 욕구에 더해 난민으로서의 배경으로 인해 더 취약한 상황에 놓일 수 있다. 이에 아동권리협약은 “난민으로서의 지위를 구하거나 또는 적용 가능한 국제법 및 국내법의 절차에 따라 난민으로 취급되는 아동”에 대하여 부모 등의 동반 여부와 관계 없이 적절한 보호와 인도적인 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다고 다음과 같이 규정하고 있다.

#### 아동권리협약 제22조

1. 당사국은 난민으로서의 지위를 구하거나 또는 적용가능한 국제법 및 국내법과 절차에 따라 난민으로 취급되는 아동이, 부모나 기타 다른 사람과의 동반 여부에 관계 없이, 이 협약 및 당해 국가가 당사국인 다른 국제 인권 또는 인도주의 관련 문서에 규정된 적용가능한 권리를 향유함에 있어서 적절한 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.
2. 이 목적을 위하여, 당사국은 국제연합 및 국제연합과 협력하는 그밖의 권한 있는 정부간 또는 비정부간 기구들이 그러한 아동을 보호, 원조하고 가족재결합에 필요한 정보를 얻기 위하여 난민 아동의 부모나 다른 가족 구성원을 추적하는데 기울이는 모든 노력에 대하여도 적절하다고 판단되는 협조를 제공하여야 한다. 부모나 다른 가족구성원을 발견할 수 없는 경우, 그 아동은 어떠한 이유로 인하여 영구적 또는 일시적으로 가정 환경을 박탈당한 다른 아동과 마찬가지로 이 협약에 규정된 바와 같은 보호를 부여받아야 한다.

하지만 난민의 지위에 관한 협약(이하 “난민협약”)과 난민의 지위에 관한 의정서<sup>1)</sup>에 따라 난민의 지위와 처우에 대해 규정하고 있는 현행 난민법에 아동의 권리에 대한 규정은 난민인정자와 난민신청자 등의 교육에 대한 권리와 난민인정자의 미성년 자녀의 입국에 대한 규정뿐이다. 난민인정과 관련된 절차, 난민 또는 인도적체류자로 인정받은 후의 처우, 난민신청자의 처우 등에서 아동 최상의 이익을 고려하여야 한다는 규정은 존재하지 않는다.

## 나. 아동의 난민인정 신청

### (1) 현황 및 문제점

난민 신청과 관련하여, 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과에서 한국의 난민 제도와 정책에 대한 이해를 높이고 맞춤형 정보를 제공하기 위해 제작한 「난민인정절차 가이드북」은 아동이 자신에게 발생한 사유로 인하여 난민인정을 신청한 경우 “신청자가 민법상 미성년자이거나 질병, 기타의 부득이한 사유로 자진하여 출석할 수 없는 경우에는 신청자의 아버지, 어머니, 배우자, 자녀, 신청자의 친척, 변호사가 그 신청자를 대리하여 신청할 수 있다”고 안내하고 있다.<sup>170)</sup> 현재 난민신청자들이 신청 시 작성해야 하는 난민인정신청서는<sup>171)</sup> 19세 미만인 자녀와 함께 난민인정 신청을 한 경우 1) 자녀가 9세 이하인 경우에는 부모가 자녀를 대신하여 신청서를 작성할 수 있으며 이 경우 부모는 신청서의 ‘1. 실제 인적사항’란만 작성하고 자녀를 대신하여 서명할 것, 2) 자녀가 10세부터 18세인 경우에는 자녀가 신청서의 모든 내용을 작성하여야 하며, 부모 또는 자녀 중 한 사람이 서명하여야 한다고 안내하고 있다.

위와 같은 안내는 모두 아동이 부모 등 법적 보호자와 함께 난민인정 신청을 하는 상황만을 전제하는 것으로, 보호자가 동반하지 않은 아동의 신청의 경우에는 신청서의 작성, 제출 방법 등에 대해 공개된 지침 등에 의해 정해진 내용이 없다. 2019년 정보공개청구를 통해 법무부로부터 제공받은 정보에 의하면 현재 미성년 난민신청자에 대해 별도로 시행 중인 지침은 없으며, 법무부는 연령별 난민신청 현황 및 인정 현황 등에 대한 통계는 보유하고 있으나 성년인 보호자와 동반하여 신청 또는 보호자를 동반하지 않고 단독으로 신청한 아동에 대한 통계는 별도로 작성 및 관리하고 있지 않음을 확인하였다.<sup>172)</sup>

### (2) 국제기준 및 해외 사례

유엔 아동권리위원회는 제5~6차 정기보고서에 대한 최종견해를 통해 “보호자 미동반 아동의 보호에 각별한 주의를 기울일 것을 권고하였다. 관련하여 유엔난민기구는 「난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침」에서 아동에 의한 신청 관련, 별도의 목차를 할애하여 “아동에 의한 난민신

170) 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과, 난민인정절차 가이드북, 2015, 19면.

171) 난민법 시행규칙 별지 제1호 서식

172) 법무부 공개청구정보 및 결정내역, 2020. 이 정보공개청구를 통해 법무부로부터 제공받은 정보에 의하면 2019년 12월 31일까지 대한민국에서 미성년자가 신청한 난민신청건수는 2,942건이다.

청 시 아동의 어린 나이로 인한 의존성이나 상대적 미성숙함을 감안한 특별한 절차 및 증거 관련 보호자가 요구”됨을 분명히 하였다.<sup>173)</sup> 또한, 유엔난민기구의 「난민인정절차 매뉴얼」은 아동과 관련된 사례에서는 일반 난민신청과 비교하여, 성인과 같은 수준의 설명 제공을 기대할 수 없으며, 따라서 후견인을 지정하여 난민인정절차의 모든 단계에서 아동을 돕고, 아동이 적절하게 변호되고, 당사자의 견해를 표현되며 그 아동의 모든 결정이 당사자의 최상의 이익에 부합하도록 모든 동반자가 없는 분리된 아동을 위한 후견인이 지정되어야 한다고 명시하였다.<sup>174)</sup> 앞서 살펴본바와 같이, 캐나다 이민법은 ‘아동 최상의 이익에 따라 가장 적합한 절차가 무엇인가’의 기준에 따라 난민신청 제도를 설계하였고, 이에 이민법은 모든 난민신청자 아동에 대한 대리인 선임을 의무화하고 있다.

### (3) 제도 개선의 필요성

현재 부모 미동반 아동이 난민신청할 경우 특별한 보호가 제공되지 않으며, 일선에서 이러한 아동을 접했을 때의 대응에 대한 지침이 없기 때문에 아동이 본인의 사유로 난민인정 신청 시 아동이라는 이유로 난민신청을 접수조차 하지 못하는 사례가 발견된다. 아동이라 하더라도 난민인정 신청을 하는 데에는 법률상의 제한이 존재하지 않음에도 불구하고 신청을 접수하는 과정에서 당사자가 미성년자라는 이유로 난민인정신청서의 접수가 거부되었던 것이다. 이후 이러한 아동들은 난민신청을 하지 못한 채 체류기간을 도과하여 거주하던 중 행정당국에 의해 단속되어 구금되었다.<sup>175)</sup>

## 다. 출입국항에서의 난민신청

### (1) 현황 및 문제점

2019년, 네 명의 미성년 자녀를 동반하여 입국 후 공항에서 난민인정 신청을 한 가족이 난민인정심사불회부결정을 받은 후 이에 대한 소송이 진행되는 동안 입국이 거부된 채 300여 일 동안 인천국제공항 제1여객터미널의 탑승구역에 방치된 사례가 있었다. 이러한 상황에서 10세 미만의 아동 4인은 유엔 아동권리협약의 기본 원칙인 아동의 생존권, 보호권, 발달권과 참여권을 중대하게

173) 유엔난민기구, 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침, 2014, 70~72항.

174) 유엔난민기구, 난민인정절차 매뉴얼, 2003, 63~64면.

175) 자유박탈아동에 대한 한국 실무그룹, 한국의 자유박탈아동 실태조사 - 유엔 국제연구를 중심으로, 2020. 59~60면.

침해당했다. 유엔 아동권리협약을 비준한 당사국으로서, 이 아동들의 입국을 허가하여 아동인권 보장을 위한 국가의 책무를 이행할 것에 대한 요청에 대해 법무부는 이들은 “언제든지 자유롭게 출국할 수 있는 것이고 또 대한민국으로의 입국이 불허된 이상 당연히 출국함이 자연스럽다”, “출입국항 난민신청자가 자진하여 출국하지 않는 경우 불가피하게 출입국항에 있는 일정한 장소에 머무르게 할 수 있다”며 입국허가 조치는 불가하다는 입장을 고수하였다. 한편, 두 살 된 아동을 동반한 가족이 공항에서 입국이 거부된 이후 난민인정심사에서 불회부된 사례에서 2019년 초 인천출입국·외국인청은 난민인정심사 불회부 결정에 대한 취소소송이 진행되는 기간 동안 그 가족의 입국을 허가한 사례도 확인된다.

## (2) 제도 개선의 필요성

2020년 4월, 국가인권위원회는 난민신청 아동의 인권 보호를 위한 의견표명을 통해 법무부장관에게 난민인정심사 불회부 결정 이후 소송 등으로 처분의 정당성을 다투는 사람이 아동인 경우, 이 기간 동안 기본적인 처우가 보장될 수 있도록 하고, 특히 “아동 최선의 이익을 최우선적으로 고려하여 입국이 가능하도록 관련 법령 및 제도를 개선할 것”을 권고하였다. 하지만 현재까지 관련 법령 또는 제도가 개선된 바는 없으며, 이후에도 출입국항에서 아동이 난민신청할 경우 공항에 방치될 가능성이 크다.

아동이 공항에서 방치된다면, 적절한 수면, 위생, 의료 환경과 관련된 생존권, 교육권, 사생활에 대한 권리 모두가 침해당하게 된다. 휴식과 여가, 문화생활을 보장받을 권리 역시 박탈당한다. 이러한 상황에서 공항을 벗어날 수 없는 아동의 부모는 환경 개선을 위한 어떠한 역할도 할 수 없게 된다. 그 결과 아동의 신체적 및 정신적 필요를 충족시켜주지 못하고, 위험으로부터 아동을 보호할 수 없으며, 의료 등 서비스도 제공할 수 없어 결과적으로 아동은 방임 상태에 놓이게 되는 것이다. 입국 금지를 통해 아동이 이러한 상황에 놓이는 데 직접적인 역할을 했음에도 불구하고 아동을 방임 등 폭력으로부터 보호하기 위해 정책적 조치를 취하지 않는 것은 정부의 아동에 대한 제도적 학대에 해당한다. 따라서 아동이 공항에서 난민신청하는 경우, 아동 최상의 이익과 국제기준에 따라 즉시 입국하도록 하여야 하며, 공항에서 난민신청하는 아동은 아동권리협약 등 국제인권조약에 규정된 기본적인 인권을 보장받을 수 있어야 한다.

## 라. 아동과 가족결합

### (1) 현황과 문제점

난민협약은 가족결합에 대한 내용을 명시적으로 규정하고 있지 않으나 「난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침」은 가족결합의 원칙에 대해 구체적으로 서술하고 있다. 유엔난민기구는 협약의 당사국들에게 난민들의 가족을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 것을 지속적으로 권고해 왔고, 대한민국 역시 회원국인 유엔난민기구의 집행위원회(Executive Committee)는 결정문을 통해 가족결합과 가족 재결합의 중요성에 대해 반복해왔다. 한국 역시 난민법 제37조를 통해 난민 인정자의 가족의 입국을 규정하고 있다.<sup>176)</sup>

관련하여 법무부가 운영하는 HIKOREA 사이트는 “난민인정자의 배우자와 그 미성년자녀는 재외공관에서 단기방문(C-3, 90일) 사증을 발급받아 국내 입국하여 체류할 수 있고, 가족결합에 따라 난민으로 인정받을 수 있음”이라 안내하고 있다.<sup>177)</sup> 즉, 난민인정자의 배우자 또는 미성년자가 입국 시에는 입국을 허가하고 가족결합의 원칙에 따라 난민 지위를 부여한다는 것이다. 하지만 이 조항은 난민의 가족결합을 온전히 보장하는 규정으로 보기에 무리가 있다. 우선, 해당 조항은 적용 대상을 ‘난민인정자’의 배우자 또는 미성년자인 자녀로만 두고 있어 난민인정자 외 인도적체류자의 경우에는 한국에서 오랜 기간 생활해야 함에도 불구하고 근거 조항이 없어 입국을 신청하는 경우에도 가족결합을 이유로 입국을 허가받을 수 없다. 또한 입국허가의 대상인 가족을 ‘배우자 또는 미성년자인 자녀’로 한정하고 있어 본국에서 자녀가 아닌 조카 등의 실질적 보호자였던 난민들은 한국에서 난민으로 인정받아도 보호하고 있던 아동과 결합할 수 없으며, 갓 성인이 된 난민이 어린 형제 자매를 데리고 있는 경우에도 본 조항이 적용될 수 없다는 문제가 있다. 가장 큰 문제는 한국에서 아동이 단독으로 난민 지위를 신청하여 인정받는 경우 본 조항만으로는 부모 등 보호자와 결합할 수 없다는 것이다. 본 조항이 적용 대상을 ‘난민인정자의 배우자 또는 미성년자인 자녀’로 한정하고 있기 때문에, 실제로 아동이 본인의 사유로 난민 인정 또는 인도적체류지위를 취득한 경우 본국의 부모를 초청할 수 없음은 물론이며, 이미 한국에 거주하고 있는 부모 역시 자녀의 난민사유를 통해 체류자격을 연장할 수 없어 강제퇴거의 위험에 처하는 경우가 발생하고 있다.

176) 제37조(배우자 등의 입국허가) ① 법무부장관은 난민인정자의 배우자 또는 미성년자인 자녀가 입국을 신청하는 경우 「출입국관리법」 제11조에 해당하는 경우가 아니면 입국을 허가하여야 한다.

② 제1항에 따른 배우자 및 미성년자의 범위는 「민법」에 따른다.

177) Hi Korea 사이트, 출입국/ 체류안내 > 난민인정 > 처우:

[https://www.hikorea.go.kr/info/InfoDatail.pt?CAT\\_SEQ=5075&PARENT\\_ID=1330](https://www.hikorea.go.kr/info/InfoDatail.pt?CAT_SEQ=5075&PARENT_ID=1330)

## (2) 국제기준

아동의 가족생활에 대한 권리는 위에서 서술한 바와 같다. 아동권리협약은 특히 난민 아동에 대해서는 특별히 당사국이 “부모나 기타 다른 사람과의 동반 여부에 관계 없이” 아동권리협약과 기타 국제법과 국제기준에 규정된 권리를 향유함에 있어 적절히 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 적절한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다. 이 때, 당사국은 난민 아동을 보호, 원조하고 특히 가족재결합에 필요한 정보를 얻기 위하여 난민 아동의 부모와 가족 구성원을 추적하는 데 기울이는 모든 노력에 대해서도 협조를 제공해야 하며, 가족재결합이 어려운 경우에는 가정 환경을 박탈당한 다른 아동들처럼 아동권리협약에 의해 보호의 대상이 된다고 명시하고 있다.

난민 아동의 권리와 가족재결합에 대해서는 난민협약 채택 당시에도 논의된 바 있는데, 난민 및 무국적자의 지위에 관한 유엔 전권대사 회의의 최종문서(Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons)에 의하면 가족의 결함은 난민의 필수적 권리로, 난민의 경우 가족결합에 지속적인 위협을 받을 수 있음을 인식하여 난민에게 부여되는 권리가 가족 구성원에도 확대되어야 함을 유의하여 난민 가족의 보호를 위하여 정부가 필요한 조치를 취할 것, 그리고 난민 아동과 특히 미동반 아동과 여성 아동들은 후견과 양자관계까지 살펴 보호하는 조치를 취할 것을 만장일치로 권고하기도 하였다.<sup>178)</sup>

가족의 범위에 대해 유엔난민기구는 최소한 배우자와 미성년 자녀를 포함한다고 규정하고 있으며<sup>179)</sup> 미혼 자녀와 미성년 형제 역시 포함되는 것으로 파악하고 있다. 이 때 유엔난민기구는 ‘부양’에 의미를 부여하는데 생물학적인 관계가 부재하더라도 가족으로서 돌보는 관계가 된다면 가족결합의 대상에 포함된다고 해석한다. 이러한 관점에서 유럽연합 역시 「가족결합에 대한 지침」을 두어 가족의 범위에 “배우자, 부부의 미성년 자녀, 부부 중 한 명의 미성년 자녀, 양육권이 있고 부양관계에 있는 자녀, 입양한 자녀”를 최소 기준으로 정하며, “외국국적의 직계존속, 성인 미혼 자녀, 사실혼 배우자”에 대해서도 회원국에서 고려하도록 하고 있다.<sup>180)</sup>

178) Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 8.

179) 유엔난민기구, 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침, 2014, 36.

180) Council Directive 2003/86/EC on the Right to Family Reunification.

### (3) 제도 개선의 필요성

「세계인권선언」, 자유권규약과 사회권규약에 따라 모든 사람들은 가정을 이룰 권리를 가지며, 아동은 특히 아동권리협약에서 보장하듯 원가정에서 양육될 권리를 가진다. 특히 아동권리협약은 난민아동의 경우 그 특수성을 고려하여 부모와 함께 동반하지 않는 경우에도 국제기준에 규정된 권리를 누림에 있어 보호와 인도적 지원을 받을 수 있어야 한다고 별도로 규정하고 있다.

하지만 현행 「난민법」은 이러한 권리를 난민인정자에 대해서만 예외적으로 보장하고 있으며, 그나마도 난민인정자의 배우자, 미성년 자녀에만 한정해 입국을 허가하도록 하고 있다. 아동권리협약 등 국제 기준에 부합하도록 유엔난민기구의 지침, 유럽의 사례 등을 참고해 아동 최상의 이익에 근거하여 미성년 난민 아동의 가족결합 보장을 위한 법 개정 또는 정책의 마련이 반드시 필요하며, 부모가 부재할 경우에는 난민 아동을 부양하여 실질적인 가정을 이루고 있는 직계존속, 형제와 자매, 친척, 양부모 등과의 가족결합 방안을 마련할 필요가 있다.

### 마. 문제점과 제도개선 방향

앞서 살펴본 바와 같이 아동권리협약은 난민 아동이 특별히 더 취약한 상황에 노출될 수 있으므로 부모 등의 동반 여부와 관계 없이 적절한 보호와 지원을 받을 수 있어야 한다고 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행 출입국관리법과 난민법에는 아동의 권리 및 아동 최상의 이익 고려에 대한 규정이 없어 출입국장에서 난민인정신청하는 경우뿐 아니라 난민인정심사 절차 전반에서 아동의 이익이 고려되지 못하며, 난민신청자 또는 인도적체류자 지위로 거주할 때에도 처우에 제한이 있다.

따라서 난민 아동이 한국에 입국하는 순간부터 거주하는 단계까지 아동 관련 결정에 있어 아동 최상의 이익이 적절히 고려될 수 있도록 난민법에 “난민 인정 및 처우와 관련된 결정에 있어 아동의 특수한 상황을 고려해야 함”, 또는 “아동에 관한 결정 시 아동 최선의 이익을 최우선적으로 고려해야 함”을 규정하는 방안을 적극 고려할 필요가 있다.

## 8 국적취득

### 가. 아동 최상의 이익과 국적취득제도의 관계

국적은 출생에 따라 개인과 국가를 강제로 연결하는 질곡인 동시에 자국민을 보호하는 모국의 보호막으로서 양면성을 가진다.<sup>181)</sup> 인권적 측면에서의 국적은 헌법에 따른 국민의 기본권을 향유할 권리를 보장받는 전제가 된다는 점에서 출발한다. 즉, 국적은 권리 그 자체이기도 하지만 다른 권리를 향유하기 위한 전제조건으로서 더욱 중요한 의미를 가진다.<sup>182)</sup> 자유권규약위원회는 아동의 국적취득권을 규정하는 자유권규약 제24조의 목적이 출생에 따른 무국적으로 말미암아 모국의 보호를 받을 수 없는 상황을 방지하는 데 있다고 밝힌 바 있다.<sup>183)</sup> 무국적자는 거주이전의 자유, 출입국의 자유, 건강보험을 포함한 사회복지제도로의 편입, 행정절차상 어려움으로 인한 각종 사회적 제약 등에서 소외될 수 있다.

국적을 취득할 권리는 국제법상 보호되는 권리이다. 아동의 국적취득권은 아동권리협약 제7조에서 명시적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 유엔 세계인권선언 제15조, 자유권 규약 등에서도 아동의 권리로 명시하고 있다. 무국적자의 감소에 관한 협약 역시 아동에 대해 특별 규정을 두고 있다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 국적취득권이 그 자체로 하나의 권리이기도 하지만, 생존권, 건강권, 교육권 등 다른 권리를 행사할 수 있는 전제로 작용하기 때문이다. 국가 간 상이한 국적취득제도의 충돌과 공백으로 인하여 출생 아동이 무국적자가 되는 일을 막기 위하여, 국적취득권의 보호 의무에 따른 구체적인 국가의 입법 및 행정 작용이 촉구된다.

대한민국이 비준한 무국적자의 지위에 관한 협약은 무국적자라는 용어를 ‘어떠한 국가에 의하여도 그의 법률의 시행상 국민으로 간주되지 않는 자’로 정의한다(제1조 제1항). 무국적자의 감소에 관한 협약은 체약국 영토 내에 존재하는 무국적자에 대하여 법률에 따른 출생에 의한 국적 부여 또는 신청에 의한 국적 부여 절차를 마련할 것을 규정한다. 신청 시 요건은 명확하다. 18세~21세 이전에 신청할 것, 신청 전 5년에서 10년의 범위에서 체약국이 정하는 기간 동안 영토 내에 거주하였을 것, 국가 안보 위반 혐의로 유죄의 선고를 받거나 형사 범죄로 5년 이상의 징역형을 선고받지 않았을 것, 신청자가 국적을 취득한 적이 없을 것 등이다(협약 제1조 2항 각 호).

181) 김효권, 국제법상 국적 취득의 권리와 자의적인 국적 박탈의 금지, 고려대학교 법학연구원, 외교부 정책연구보고서, 2면.

182) 위의 논문, 11면.

183) 자유권규약위원회, 제24조 아동의 권리에 대한 일반논평 17호 (1989), 제8항.

## 나. 국적취득제도 현황 및 문제점

### (1) 출생에 의한 국적취득

#### (가) 개관

출생에 의한 국적취득은 선천적 취득으로, 출생신고에 의하며, 별도의 국적취득신고는 필요하지 않다. 국적법 제2조는 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자, 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자에 대하여 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다고 하여 원칙적 속인주의를 채택하고 있다. 예외적으로 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자에 대해 보충적 속지주의를 적용하여 개념적으로는 무국적자가 발생하는 것을 방지하고 있다.

#### (나) 외국적 요소가 있는 출생

1998년 6월 시행된 개정 국적법은 부계(父系)혈통주의를 양계(兩系) 혈통주의로 전환하고, ‘국적선택제도’와 ‘국적판정제도’를 도입하였다. 부 또는 모가 한국 국적자인 경우 출생에 의한 국적 취득이 가능하나, 모가 외국인이고 부가 한국인인 혼인외의 자는 출생에 의하여 대한민국 국적을 취득할 수 없다. 이 경우 모의 국적국에 출생신고한 후 외국인에 대한 인지절차에 따라 부가 인지신고를 한 다음 자녀가 국적법에 따라 법무부장관에게 신고함으로써 국적을 취득하거나, 법무부장관으로부터 귀화 허가를 받음으로써 한국 국적을 비로소 취득할 수 있다. 예외적으로 태아인지신고를 한 경우에는 혼인외의 자라 하더라도 한국인인 부의 국적에 따라 출생에 의한 국적취득이 가능하다.

### (2) 기아로 발견된 경우의 국적 취득 등

대한민국에서 발견된 기아는 대한민국에서 출생한 것으로 추정된다(국적법 제2조 제2항). 부모가 모두 분명하지 아니한 경우에는 대한민국에서 출생한 자 역시 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다(국적법 제2조 제1항 제3호). 기아가 국가경찰공무원 또는 보호시설의 장에 의해 발견이 시·읍·면의 장에게 통보되면, 통보를 받은 시읍면의 장은 기아발견조서를 작성하고 이 조서를 성본창설의 허가를 받을 때까지 보관한다. 시읍면의 장이 성본창설 허가재판을 청구하고 재판서를 받은 이후, 해당 재판서 등본을 기아발견조서에 첨부하여 이 기아발견조서를 신고서로 하여 가족관계등록부를 작성한다(가족관계등록예규 제413호, 기아에 관한 가족관계등록사무 처리지침). 국적법상 출생에 의한 국적취득은 별도로 허가 또는 국적취득 사실의 통지를 하지 않으며, 가족관계

등록부가 작성되는 것이 전부이다.

대한민국 국적의 취득은 가족관계등록법상 출생신고와 긴밀하게 연결되어 있다. 국적취득을 한 자에 대해서만 가족관계등록부를 작성하기 때문에, 거꾸로 가족관계등록부의 존재가 대한민국 국적자임을 방증한다. 그로 인하여 가족관계등록 담당 공무원은 가족관계등록부의 작성에서 대한민국 국적자인지 여부를 엄격하게 심사하며, 국적자인지 여부가 확실하지 않은 경우 출생신고를 반려하거나, 특종신고편철장에 편철하여 두는 것에 그친다. 문제는 국적법상 국적판정 조항이 있음에도 가족관계등록 담당 공무원이 사실상의 국적 판정의 기능을 단독으로, 그리고 많은 경우 자의적으로 수행하고 있다는 점이다.

〈국적판정 또는 기아에 대한 한국 국적 취득에 대한 판단 없이 공무원을 포함하여 관련 담당자가  
아동을 출생미신고 상태로 방치한 사례〉

2018년 모 지역에서 미숙아로 출생한 유아 A는 미등록 외국인이던 친모가 병원비를 납부하지 못하여 아이를 병원에 두고 잠적한 이후 보호시설로 옮겨져 생활하였다. 친모의 이름 외에는 정확한 국적도, 나이도, 주소도 알지 못하였으며, 한국인이 아니라는 추측만 있을 뿐이었다. 그러나 해당 시설 및 지방자치단체, 경찰에서는 모가 ‘한국인이 아닐 것이라는 가능성’ 때문에 기아로 보지 않고 1년 가까이 아동을 출생미신고 상태로 방치하였다.

‘무국적자의 지위에 관한 협약’은 무국적자에 대하여 ‘어떠한 국가에 의하여도 그의 법률의 시행상 국민으로 간주되지 않는 자’로 정의한다(제1조 제1항). 아동은 국적을 가질 권리가 있으며, 따라서 무국적자에 해당하는 아동이 당사국의 영토 내 있다면 당사국은 아동이 국적을 취득할 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

외국 국적의 모 A와 한국국적의 부 B 사이에서 출생한 것으로 신고된 아동 C에 관하여, A가 한국 국적으로 귀화한 이후 B가 자신의 친생자가 아님을 이유로 친생부인의 소를 제기하여 C의 가족관계등록부가 폐쇄되는 경우, C는 출생 당시 A의 국적국에 출생신고를 하여야 하나, A가 이미 귀화한 상태로 본국 국적이 말소되어 출생신고를 하지 못한다.

위 사안과 같은 상황에서 현재 국적의 부여를 가능케 하는 법적 근거는 없다.

그 외에도 친생자관계부존재확인의 청구에 의해 가족관계등록부가 폐쇄되어 국적을 상실한 아동,<sup>184)</sup> 북한이탈주민의 지위를 인정받지 못한 화교 출신 탈북 아동, 국적국에 출생신고를 하지 못

184) 나익준, 위의 글.

한 난민신청자 아동 등의 법률상 또는 사실상 무국적 지위가 문제되나, 현행 국적법은 무국적 인정절차를 마련하고 있지 않고 있어 아동의 무국적 문제가 해소되지 않는 문제가 있다.

### (3) 인지 및 귀화에 의한 국적취득

#### (가) 개관

대한민국 국적은 후천적 취득도 가능하다. 혼인외의 출생자에 대한 친자관계에서 발생하는 인지(認知)에 의한 국적취득, 귀화, 국적 회복 등이 여기에 속한다. 「국적법」 제 3 조에 의해 외국인으로서 대한민국의 국민인 부 또는 모에 의하여 인지(認知)된 자는 신고를 통해 국적취득이 가능하며, 동법 제4조와 제9조에 따라 대한민국 국적을 취득한 사실이 없는 외국인, 대한민국 국민이었던 외국인은 허가를 받아 국적취득이 가능하다. 그리고 제8조에 의해 외국인의 자(子)로서 18세 이하인 자는 부 또는 모가 귀화 허가를 신청할 때 함께 국적 취득을 신청할 수 있다.

아동의 귀화에 의한 국적취득 방법은 크게 간이귀화, 특별귀화 또는 수반취득이 있다. 부 또는 모가 대한민국의 국민이었던 사람, 대한민국에서 출생한 사람으로서 부 또는 모가 대한민국에서 출생한 사람은 대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있고, 영주권을 취득하지 않았더라도 귀화 허가를 받을 수 있다(국적법 제6조). 부 또는 모가 대한민국 국민인 사람, 대한민국 국민의 양자로서 입양당시 민법상 미성년이거나 미성년이었던 자는 대한민국 일정 기간 체류 요건, 영주권 전치주의, 성년 여부, 생계유지능력 입증 등을 면제받아 귀화 허가를 받을 수 있다(‘특별귀화’, 국적법 제7조).

외국인의 자로서 민법상 미성년인 사람은 부 또는 모가 귀화 허가를 신청할 때 함께 국적취득을 신청할 수 있는데, 이를 수반취득이라 한다(제8조). 수반취득을 신청한 사람은 부 또는 모가 대한민국 국적을 취득할 때 함께 대한민국 국적을 취득하며, 별도의 한국어 구사능력과 같은 요건에 대한 심사를 요하지 않는다.

#### (나) 국적취득의 효과: 원국적 포기

인지 또는 귀화에 의한 국적취득의 가장 큰 문제점으로는 기존에 가지고 있던 국적을 포기하여야 한다는 점을 들 수 있다. 국적법 제10조는 대한민국 국적을 취득한 외국인으로서 외국국적을 가지고 있는 자는 대한민국 국적을 취득한 날부터 1년 내에 그 외국 국적을 포기하여야 한다(제1항)고 규정한다. 예외적으로 혼인에 의한 간이귀화 등 제2항 각호의 사유가 있는 경우 외국국적 불행사 서약을 하면 국적을 포기하지 않더라도 대한민국 국적을 유지할 수 있는데(제2항 각호),

인지에 의한 국적취득 시에는 이러한 외국국적 불행사 서약으로 국적포기를 갈음하지 못한다. 국적포기 또는 적법한 외국국적 불행사 서약을 하지 않은 경우, 그 기간이 지난 때에 대한민국 국적을 상실한다(제3항).

#### (다) 원국적 포기의 문제점

부 또는 모가 혼인하여 간이귀화 절차를 밟을 때 수반취득을 하여 대한민국 국적을 취득한 외국국적 부모의 자녀의 경우, 그 부 또는 모는 원국적을 유지함에도 불구하고 자녀는 원국적을 포기할 수 밖에 없으므로, 부 또는 모가 혼인 해소 후 본국으로 돌아가 거주하면서 한국 국적자가 된 자녀를 본국에서 양육하게 되면 여러가지 어려움을 겪게 된다. 외국국적자로 본국에 살게 되는 자녀는 본국적을 회복하지 못하는 경우 체류자격의 연장, 유지에도 어려움을 겪으며, 외국 국적자로 살면서 겪는 제도적인 차별에도 노출된다.

아동이 자신의 국적을 선택할 권리를 보장하기 위해, 많은 국가에서는 보호자라 하더라도 아동의 국적을 포기하지 못하도록 하고 있다. 이러한 국가 출신의 경우, 인지에 의해 국적취득을 한지 3개월 이내에 대사관에서 ‘1년 이내 국적포기 불가 확인서’를 발급받아 제출하는 것으로 국적 포기를 갈음한다. 그러나 그러한 확인서를 발급하여 주지 않거나, 국적포기가 1년 내 가능한 국가 출신의 경우, 반드시 기한 내에 국적을 포기하고 그 사실을 신고하여야 한다. 국적포기에 1년 이상이 소요되지만 아동에 대해서도 국적 포기가 가능한 국가의 경우, 국적포기 후 즉시 그 사실을 법무부장관에 신고하여야 한다.

여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(이하 “여성차별철폐협약”)에 따르면, 당사국은 특히 외국인과의 결혼 또는 혼인 중 부에 의한 국적의 변경으로 처의 국적이 자동적으로 변경되거나, 처가 무국적으로 되거나 또는 부의 국적이 처에게 강제되지 않도록 확보하여야 하고(제9조 제1항), 자녀의 국적에 관하여 남성과 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 한다(제2항). 국적과 같은 정체성과 신분을 구성하는 중요한 요소가 결혼으로 인하여 본인의 의사에 반하여 변경되거나 무국적과 같은 위험에 처하는 것을 막기 위함이다. 부 또는 모가 자녀를 인지하는 것, 그에 따른 양육 등 보호자로서의 의무와 책임을 다하도록 하는 것은 자녀의 최상의 이익에 부합하나, 국적취득의 과정에서 보호자의 의사로 자녀의 본국적을 포기하도록 하는 것은 곧 자녀의 거주국을 어디로 할 것인지, 자녀가 부 또는 모 가운데 누구의 보호를 받을 것인지, 어느 나라의 교육제도 하에서 교육을 받을 것인지를 결정하는 문제이나, 그 과정에서 자녀의 의견을 반영하는 절차, 아동 최상의 이익을 판단하는 절차는 없다. 국적취득 과정에서 의견 청취 절차를 두지 않음은 물론이고, 대한민국 국적법과 같이 인지에 의한 국적취득 시 본국적을 포기하도록 하는 법제는 어떠한 국적

을 취득하는 것이 아동의 최상의 이익에 부합하는지에 대한 고려 과정이 없다는 점과, 혼인이주민의 경우에는 이중국적의 보유를 가능하게 하면서 인지 등에 의한 국적취득자에 대해서는 인정하지 않는데 합리적인 차별의 근거가 부족한 점을 감안할 때 아동 최상의 이익 원칙에 부합하지 않는 제도이다.

#### 다. 제도 개선 방향

아동의 국적취득은 그 절차에서 아동의 의견을 청취해야 할 뿐만 아니라, 무엇이 아동 최상의 이익인지를 면밀히 고려하여야 하는 법률행위이다. 국적은 국가 간 교류가 어느 때보다 활발한 현대에 자신을 증명하는 핵심적인 요소로 기능할 뿐 아니라 해당 국가의 영토 내에서 거주하는 경우 국민으로서 영위할 수 있는 헌법상 기본권 주체성을 모두 인정받을 수 있는 ‘자격’이다. 사회복지 제도의 수범 대상에 ‘외국인’을 포함시키지 않는 것이 국가의 재량의 영역에 해당한다고 판단하는 헌법재판소 등 사법기관과 행정기관의 태도가 변화하지 않는 한, 대한민국에서 국민으로 살아갈 수 있다는 것은 그렇지 않은 비국민에 비하여 접근할 수 있는 공공재의 범위와 제도적 차별로부터의 자유에서 큰 차이를 낳는다.

그러나 한편으로, 아동이 대한민국 국적을 자신의 본국적을 유지하고 성인이 될 때 이를 스스로 결정할 수 있도록 복수국적을 유지하는 기간을 허용해야 필요성 역시 간과할 수 없다. 앞서 살펴본 것과 같이 ‘국적’은 정체성과 함께 기본권 향유의 기반이 되는 권리라는 점에서 자신이 생활의 기반을 가지고 국민으로서의 정체성을 가진 국가와 부합하는 것이 아동 당사자의 최상의 이익에 부합하는 방향이라 할 것이다. 그렇다면 스스로 국적을 선택할 권리를 부여하되 자신의 최상의 이익을 판단하고 그에 따른 책임을 질 수 있도록 성년이 될 때까지는 복수국적을 유지할 수 있도록 함이 그 방안이 될 수 있다.

## VI. 출입국행정에서 아동 최상의 이익 원칙 구현 방안

### 1 정책 지향점

위에서 살펴본 출입국관리행정은 전반적으로 아동에 대한 별도의 고려나 절차가 부재하다. 행정청은 외국인에 대한 출입국관리행정에 대해서 넓은 정책 재량을 주장하며, 밀도 높은 사법적 통제의 대상이 되지 않는다는 점을 내세우며 아동권리협약 등에도 불구하고 아동에 대해서도 성인과 크게 다르지 않은 처분을 내리고 있는 실정이다. 개별 처분이 대상자의 기본권에 중대한 침해를 가져오는지에 따라 개별 처분의 사유별로 사법심사의 강도 역시 달라져야 한다는 대전제 아래, 출입국관리행정이 대상 이주아동의 권리를 침해하는지 판단하여야 하며, 이때 아동의 최상의 이익의 원칙이 가장 중요한 준거가 되어야 한다. 이는 비단 사후적인 사법통제에서 뿐만 아니라, 출입국관리행정의 정책적 지향점으로 명문화하고, 체계화할 필요가 있다. 전술한 바와 같이 유엔아동위원회는 당사국에 일반적인 출입국행정에 대한 고려가 아동 최상의 이익보다 우선될 수 없다는 점을 명확히 하고, 법, 정책 및 관행을 통해 출입국행정 전반에 아동 최상의 이익의 원칙을 견지할 것을 권고한 바 있다.

이를 위해서는 선언적 규정만으로는 부족하며, 앞서 서술한 절차적 권리 - 의견청취권, 항소권의 실효적 보장 등 - 뿐만 아니라, 처분 별, 사안 별로 침해되는 아동의 권리를 처분주체가 충분한 비중을 두고 판단할 수 있도록 하여야 한다.

그 외에도 부서 간 일관되며 권리 중심적인 심사를 할 수 있도록 보장하여야 한다. 한국에서는 이주아동의 최상의 이익을 판단할 수 있는 주체가 전무하며, 아동의 생애주기별, 상황별로 담당하는 정부 부처가 달라 원활히 소통하지 못하고 있다. 예를 들어, 아동의 출입국과 관련된 사항, 체류자격 및 난민 지위 등에 대한 문제는 법무부에서 다루고 있으며, 아동의 보호와 지원, 복지에 대해서는 보건복지부에서, 학령기 아동의 취학에 대해서는 교육부, 다문화가족지원 및 한국어 교육 등은 여성가족부에서 담당하고 있다. 이 때 각 부처의 이주배경 아동에 대한 이해도 모두 달라 같은 상황에서도 어디서 누가, 언제, 어떻게 개입하느냐에 따라 아동이 받을 수 있는 서비스가 달

라지는 일이 비일비재한 것이 현실이다. 따라서 아동 최상의 이익의 실현을 위해서는 아동의 생애 주기, 상황별로 아동 최상의 이익을 판단할 수 있는 주체가 마련되어야 한다.

이주아동에 대한 체계적인 자료 수집과 정책 수립도 중요하다. 매년 발표되는 법무부의 출입국 통계는 18세 미만의 아동을 따로 집계하지 않을 뿐 아니라 국내에서 태어나 출입국 기록이 없는 미등록 아동을 포함하지 않는다. 행정안전부의 외국인 주민 통계는 지자체별로 외국인 주민의 자녀를 집계하고 있지만, 부모가 모두 외국인인 아동들의 통계는 빠져 있다.

## 2 정책 개선 방향

### 가. 단속 및 구금

#### (1) 현 제도의 문제점 개괄

수사와 유사한 방식의 강제력을 동원하며 영장주의의 심사에서 벗어난 단속 관행 및 개시와 연장의 사법심사가 없고 종기가 정해져 있지 않은 외국인 보호(구금)에 대한 문제점은 이미 다수의 연구에서 상세히 다뤄졌으며, 이러한 문제점은 이주아동에게도 동일한 질곡으로 작용한다. 나아가, 아동의 특수한 취약성과 권리를 고려하지 않고, 아동 최상의 이익에 대한 판단이 없다는 점에서 특히 문제가 된다. 정책 개선 방향은 다음과 같다.

#### (2) 이주아동의 단속 정책 개선 방향

출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙 상의 규정은 아동의 상황과 취약성을 고려하여 강화된 형태로 적용되어야 한다. 이를테면 단속 배경 등을 피단속자가 인지할 수 있도록 설명하여야 하는 의무는 (제3조 제4호) 아동의 지식, 심리 상태 등을 고려하여 이해할 수 있는 언어와 방식으로 이루어져야 한다. 단속된 아동의 부모 등 보호자에게 연락하여야 하고, 보호자에게 연락할 권리가 있다는 사실을 아동에게 고지하여야 한다. 부모를 미동반한 이주아동에 대해 특별히 보호조치가 필요한지 판단하는 기준을 마련하여, 특히 부모 미동반 아동, 불법취업으로 인해 단속된 아동 등은 인신매매 피해 여부에 대한 체계적인 심사가 필요하다.

### (3) 이주아동의 구금 정책 개선 방향

출입국관리법 위반 사실을 이유로 아동을 구금하는 것은 아동 최상의 이익에 반하여 아동의 발달에 지대한 악영향을 미치고 권리를 침해한다는 최근의 국제적 합의를 받아들여, 아동에 대한 구금을 전면적으로 중단하여야 한다. 14세 미만의 아동에 대해서만 보호를 제한하는 현재 실무는 14세 이상의 아동에게 부당할 뿐만 아니라, 14세 미만의 아동도 보호자가 보호되면 달리 외부에서 생활할 방도가 없다는 점에서 결과적으로 아동 구금으로 이어질 공산이 크다. 결국 아동과 아동의 가족에 대해서는 비구금 또는 구금 대안을 적극적으로 제공하고, 구금 대안의 선택에 있어서는 아동의 양육, 교육, 발달 등의 요소를 아동 최상의 이익의 원칙의 관점에서 고려하여야 한다.

## 나. 출국 및 체류자격의 부여

### (1) 출국명령 및 강제퇴거

출국명령 및 강제퇴거명령을 출입국관리법 위반 이주아동에 대해서 기계적으로 내리지 않고, 아동의 출국이 아동의 최상의 이익에 부합하는지 - 아동의 가족관계, 연령, 교육상태, 건강상태, 한국사회와의 통합 정도 등을 고려하여 - 판단 후 출국 또는 강제퇴거명령을 내려야 한다. 출국이 아동 최상의 이익에 부합한다고 하더라도 송환 후 아동이 안전하게 양육될 수 있도록 자발적 출국을 우선시하는 것이 바람직하다. 특히 부모 미동반 아동이거나 출국으로 부모와 분리되는 경우에는 아동의 양육 상황, 다른 보호자의 유무 등을 구체적으로 고려하여 출국 결정을 내릴 필요가 있다.

또한 국내에서 일정 기간 거주하며 공교육을 이수하는 아동 등의 경우 특별한 사유가 없다면 안정적으로 교육을 이수할 수 있도록 체류자격을 부여하고, 이후 대학 진학 및 취업이 가능하도록 체류자격의 변경을 허용할 필요가 있다. 국내에서의 가족관계, 국내에서의 사회적 기반의 형성, 국적국과의 관계 단절 등을 고려하여 체류자격을 부여하는 것이 아동 최상의 이익에 부합하는 경우, 외국인에 대한 체류자격 부여를 허용하여야 한다. 아동의 보호자에 대해서 아동의 양육에 필요한 범위 내에서 강제퇴거를 유예하거나 체류자격을 부여하여야 한다.

### (2) 학대 피해 이주아동

학대 피해 이주아동에게 주어지는 체류자격을 명확히 규정하고, 구체적인 민·형사상의 권리구제 절차로 나아가기 전 단계에서도 체류자격을 부여하여 보호하는 것이 바람직하다. 피해 아동의

안정적인 성장과 체류를 위해, 일시적인 체류자격으로 그치는 것이 아니라 장기적인 체류자격으로 연결될 수 있는 체류자격을 부여하여야 한다. 이주아동의 체류자격의 업무를 대리하거나 지원해야 할 그 부모나 보호자 등 법정대리인이 해당 아동에 대한 학대 가해자인 경우를 상정하여, 2순위 신청의무자의 범위를 넓히고 구체화할 필요가 있다. 피해 이주아동의 체류자격 신청 단계부터 지원받을 수 있는 절차를 확립하고, 아동복지시설에 피해아동이 입소하여 적정한 비용 지원을 받을 수 있도록 법과 정책의 개선이 필요하다.

## 다. 절차적 권리

### (1) 임시 후견인 및 특별대리인의 선임

아동의 체류자격 등 허가를 신청할 때 그 신청의무자의 범위를 명확히 하고, 필요한 경우 해당 신청 업무를 행할 수 있는 후견인 선임 절차를 마련함으로써 이주아동의 권리를 온전히 보호할 수 있도록 하여야 한다. 이주아동이 행정소송에서 원고인 경우 법원이 직권으로 미성년자의 특별대리인을 선임하는 등 이주아동에 대한 처분이 사법 단계에서 구체적으로 심사될 수 있도록 조치하여야 한다.

### (2) 의견청취권의 보장

이주아동의 신청과 사법심사 단계에서 아동의 의견청취권이 보장되어야 한다. 특히 체류자격의 변경, 출국명령, 강제퇴거명령 등은 아동의 생존, 발달, 교육 등에 중대한 영향을 미치는 처분이라는 점을 고려하여, 아동이 가능한 한도 내에서 자신의 의견을 제시할 수 있도록 하여야 한다. 이를 위해 합리적인 범위 내에서 통역, 전문가의 상담 등 합리적 편의 및 지원을 제공하여야 한다.

## 라. 난민신청

부모 미동반 아동이 난민신청할 경우 특별한 취약성을 판단하고 필요한 보호를 제공하는 절차를 마련할 필요가 있다. 난민심사불회부결정을 받은 아동이 처분에 대해 다투면서 공항에서 장기간 방치되지 않도록, 입국을 조속히 허용하여 난민심사를 받을 수 있도록 보장하여야 한다. 또한, 난민 아동의 가족결합 보장을 명시적으로 보장하고, 부모가 부재할 경우에는 난민 아동을 부양하여 실질적인 가정을 이루고 있는 직계존속, 형제와 자매, 친척, 양부모 등과의 가족결합 방안을

마련하여야 한다. 난민법에 아동 최상의 이익의 원칙을 명시하여 난민심사단계에서는 아동의 특수한 취약성이 잘 확인될 수 있도록 심사기준 및 절차적 권리를 정하고, 난민신청자 등의 지위로 인해 권리가 침해되지 않도록 명시적으로 법에 교육권, 건강권 등을 보장할 필요가 있다.

#### 마. 국적 취득

예외적 출생지주의를 택하고 있는 현행 국적법에도 불구하고 무국적인정절차가 미비하여, 법률상 또는 사실상 무국적자가 된 아동이 발생할 수밖에 없는 문제가 있다. 따라서 무국적 인정절차와 무국적자 처우에 대한 규정을 입법하여 무국적 발생을 차단하고, 무국적자에 대해 보호할 필요가 있다.

또한 아동에게 스스로 국적을 선택할 권리를 부여하되, 자신의 선택에 대한 책임을 질 수 있도록 성년이 될 때까지는 복수국적을 유지할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

## 〈참고문헌〉

[각국 법령 및 법원 결정, 국가인권위원회 결정은 본문 각주에서 제시]

### 1. 국내문헌

- 고지운 외 2인 (2017), 학대 피해 이주아동 보호체계 개선방안 마련을 위한 비교법 연구, 서울지방변호사회 공익인권 분야 연구 결과 발표회.
- 국가인권위원회 (2012), 이주인권가이드라인.
- 김철효 외 4인 (2013), 이주배경아동의 출생등록, 세이브더칠드런.
- 김효권 (2020), 국제법상 국적 취득의 권리와 자의적인 국적 박탈의 금지, 고려대학교 법학연구원, 외교부 정책연구보고서.
- 법무부 출입국·외국인정책본부 난민과 (2015), 난민인정절차 가이드북.
- 법무부, (2009) 출입국관리와 인권: 불법체류외국인 단속·보호를 중심으로, 법무부 인권교재 시리즈 5.
- 이주민건강협회 희망의친구들 (2019), 미등록 이주아동의 체류권 실태조사 보고서.
- 이주인권사례연구모임 (2020), 2018-2019 이주인권 디딤돌 걸림돌 판결.
- 이탁건 (2019), 미등록 이주아동의 머무를 권리 - 아동권리보장의 관점에서, 이화젠더법학 11(1).
- 자유박탈아동에 대한 한국 실무그룹 (2020), 한국의 자유박탈아동 실태조사 - 유엔 국제연구를 중심으로.
- 최정규 외 8인 (2018), 아동·청소년 인권보장을 위한 소년사법제도 개선 연구, 국가인권위원회 연구용역.
- 한국행정학회 (2018), 한국형 이민행정 이의신청 개선안 마련 연구, 법무부 연구용역.

### 2. 국외문헌

- Anna Lundberg (2011), The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases: The Marginalization of children's rights, Journal of Human Rights Practice, Volume 3, Issue 1.
- Diego Acosta (2009), “The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law”, European Journal of Migration and Law no.11.
- European Commission (2017), Communication from the Commission to the European parliament and the Council: The protection of children in migration.
- European Union Council (2005), the Hague Programme: Strengthening Freedom, Security And Justice In the European Union, 2005/C 53/01)
- Hannele Tolonen et al (2020), Best Interests of the Child in Finnish Legislation and Doctrine: What Has Changed and What Remains the Same?, Trude Haugli et al (ed), Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries.

- Immigration and Refugee Board of Canada, Chairperson Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues
- Immigration and Refugee Board of Canada, Practice notice: Presence of children at Refugee Protection Division hearings
- Jason M Pobjoy (2015), The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection, ICLQ vol 74.
- Jonathan Collinson (2020), Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions, Netherlands Quarterly of Human Rights, vol 38(3)
- Mary Bosworth and Jonathan Herring (2020), 'Best Interests of the Child' Assessment in Immigration Detention Proceedings: University of Oxford.
- Ontario Association of Children's Aid Societies (2014), Immigration Status Matters: a guide to addressing immigration status issues for children and youth in care.
- Steve Peers (2015), "Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?", European Journal of Migration and Law no.17.
- UK Border Agency and Department for Children, Schools and Families (2009), Every Child Matters: Change for Children.
- UK Home Office (2020), Children's Asylum Claims.
- UN High Commissioner for Refugees (2018), Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child.
- UNICEF (2012), Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child.
- UNICEF (2019), Working Paper: alternatives to immigration detention of children.
- Ursula Kikelly (2016), The Best Interests of the Child: A Gateway to Children's Rights?, Elaine E Sutherland and Lesley-Anne Barnes Macfarlane (eds), Implementing Article 3 of the United Nation's Convention on the Rights of the Child: Cambridge University Press.
- 유엔 아동권리위원회 (2000), 아동의 권리에 관한 협약의 이행을 위한 일반 조치(제4조, 제42조, 제44조 6항)에 관한 일반논평 5호.
- 유엔 아동권리위원회 (2005), 출신국의 외부에 있는 동반되지 않고 분리된 아동에 대한 대우 제12항에 관한 일반논평 6호.
- 유엔 아동권리위원회 (2012), "Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration".
- 유엔 아동권리위원회 (2013), 아동의 최상의 이익을 최우선 고려사항으로 채택하게 할 아동의 권리(제3조 제1항)에 관한 일반논평 14호.
- 유엔 아동권리위원회, 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회 (2017), 국제이주 맥락에서의 아

동 인권 관련 일반적 원칙에 관하여 공동으로 채택한 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호 위원회 일반논평 3호, 및 아동권리위원회 일반논평 22호.

유엔 아동권리위원회 (2019), 대한민국 제5~6차 정기보고서에 대한 최종견해, CRC/C/KOR/CO/5-6.

유엔 인종차별철폐위원회 (2018), 대한민국 제17, 18, 19차 정기보고서에 대한 최종견해, CERD/C/KOR/CO/17-19.

유엔난민기구 (2014), 난민 지위의 인정기준 및 절차 편람과 지침.

유엔난민기구 (2003), 난민인정절차 매뉴얼.

유엔 자유권규약위원회 (1989), 제24조 아동의 권리에 대한 일반논평 17호.

유엔 자유권규약위원회 (1990), 제23조 가정에 대한 일반논평 19호.

유엔 자유권규약위원회 (1999), 제12조 이동과 거주에 대한 일반논평 27호.

### 3. 기타 자료

나익준, “부모의 부재…무국적자 된 이주아동의 체류자격 신청기”, 오마이뉴스 (2020. 10. 31.).

대법원, ‘가사사건의 미성년 사건본인 의견청취 가이드 제작’ 보도자료 (2020. 10. 29.).

법무부 보도자료, “법무부, 외국인 호텔·유흥 분야 종사자 인권보호 강화한다”, 체류관리과 (2019. 12. 10.).

법무부 체류관리과, 공개청구정보 및 결정내역 (2021. 3. 22.).

법무부, 대한민국 정책브리핑 [사실은 이렇습니다] 미성년 이주아동 보호 조치 및 보호기간 최소화 위해 노력 (2020.2.24.).

법무부, 백혜련 의원 질의 자료: 최근 2년간 이의신청 및 특별체류 허가 현황 (2017).

법무부 보도자료, “법무부, 장기체류 외국인 아동에게 조건부 체류자격 부여” (2020.4.19.).

법무부, 제384회 국회 법제사법위원회 업무현황 (2021.2.18.).

법무부 출입국외국인정책본부 사증·체류자격 업무 매뉴얼, 2021.

석원정, “갑자기 쫓겨난 부모, 한국에 남은 아이들은...”, 프레시안 (2012.4.19.).

오수진, “갈 곳이 없어요” 학대 피해 이주아동의 눈물, 매일경제, (2019. 4. 6.).

윤성효, “학대 피해를 당해도 갈 곳 없는 이주아동”, 오마이뉴스 (2019. 5. 3.).

이재호, “학대 피해 미등록 아동 보듬어주는 법이 없다”, 한겨레, (2020. 11 .17.).

이혜리, “불법체류 학생 학습권 보장, 고등학교까지 확대”, 경향신문 (2013.11.7.).

이혜인, “이주아동 학대 피해, 4년간 5.5배나 늘었다”, 경향신문, (2019. 10. 21.).

## 제5회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서

인 쇄 2021년 7월  
발 행 2021년 7월  
발 행 처 서울지방변호사회  
발 행 인 회장 김 정 욱  
주 소 06595 서울시 서초구 법원로1길 21(서초동, 변호사회관)  
전 화 02) 6200-6200  
홈 페이지 [http : //www.seoulbar.or.kr](http://www.seoulbar.or.kr)  
인 쇄 경성문화사(02-786-2999)  
\* 비 매 품

---



# 제5회 공익·인권 분야 연구 결과 보고서



서울지방법변호사회

06595 서울시 서초구 법원로1길 21 변호사회관  
대표번호 02)6200-6200 [www.seoulbar.or.kr](http://www.seoulbar.or.kr)